



**UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI FERRARA**
- EX LABORE FRUCTUS -

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali
XXX ciclo

La garanzia della prevedibilità della legge penale

fra law on the books e law in action

**Ipotesi di procedimentalizzazione dell'attività ermeneutica del
giudice**

e nuove domande in tema di *stare decisis*

Dottorando: Maccagnano Francesco

Matricola: 123008

Tutor: Alessandro Bernardi

Coordinatore: Gian Guido Balandi

Anno accademico: 2016/2017

SOMMARIO

INTRODUZIONE

| | |
|---|---|
| 1. La riemersione di un rimosso | 1 |
| 2. Sommara rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno minimizzato o valorizzato la questione della prevedibilità del diritto penale | 2 |
| 3. La <i>common law-isation</i> degli ordinamenti di <i>civil law</i> : un orizzonte nuovo, per osservare il quale bisogna anche guardare indietro | 4 |
| 4. La foreseeability e accessibility del diritto penale come problematica inevitabilmente proteiforme | 7 |

CAPITOLO 1

L'indeterminatezza del concetto di determinatezza della legge penale quale primo ostacolo alla giustiziabilità della *fair notice on the books* in ordine ai delitti ed alle pene: la necessità di trattare il principio di legalità come un "valore" e non solo come un parametro di costruzione di *offences* e *defences*

| | |
|--|----|
| 1. La legalità <i>in the books</i> come sentiero che non s'è ancora finito di battere | 10 |
| 2. Gli orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle condizioni di giustiziabilità del principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost. | 12 |
| 3. L'ordinanza n. 24/2017 nell'ambito dell'affaire Taricco: segnali di un'inversione di rotta? | 15 |
| 4. Le (probabili) ragioni alla base della difficoltà di giustiziare il principio di legalità penalistico | 17 |
| 5. La necessità di un solido strumentario concettuale mediante il quale stabilire quando una fattispecie penale sia illegittimamente indeterminata | 18 |
| 5.1. Il concetto di ambiguità | 19 |
| 5.2. Il concetto di vaghezza | 20 |
| 5.3. Il concetto di genericità | 23 |
| 6. Costi e vantaggi dell'innesto di elementi "indeterminati" nella costruzione delle disposizioni penali | 24 |
| 7. I corollari della difficoltà di stabilire <i>ex ante</i> un catalogo di "casi limite" rispetto alla definizione del perimetro applicativo di una fattispecie penale | 26 |

8. La *void-for-vagueness doctrine* e la difficoltà di procedere alla sua 26
implementazione legata alla *vagueness* del concetto di *vagueness*
9. L'indeterminatezza del principio di indeterminatezza del diritto penale: un dato da 30
acquisire per evitare letture anguste della problematica della rara giustiziabilità del
principio di cui all'art. 25, co. II, Cost.
10. La declaratoria d'incostituzionalità del reato di plagio ai sensi dell'art. 25, co. II°, 32
c.p.: la necessità di leggere fra le righe di una sentenza che giustiziando il principio
di determinatezza delle disposizioni penali, forse, parla anche d'altro
11. La legalità come valore e non più solo come criterio di costruzione della fattispecie 37
penale: un'idea praticabile?
12. Bilanciare la legalità con le istanze di tutela espressa dalle disposizioni 40
incriminatrici: un passo indietro o una nuova garanzia?

CAPITOLO 2

Potenzialità e limiti dell'idea di dar vita ad un "codice ermeneutico" alla luce del quale interpretare il diritto penale, così da garantirne la prevedibilità

1. Il rilievo attribuito da parte della Corte EDU all'attività interpretativa del giudice 43
rispetto alla problematica delle condizioni di prevedibilità della legge penale
2. Perché neppure la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *foreseeability* 45
della *criminal law* consente di eludere la questione dell'ermeneusi legale in diritto
penale
3. Un percorso d'indagine diverso: la *civil law-isation* dei sistemi giuridici di 48
common law come problematica da cui muovere per affinare gli strumenti culturali
necessari alla risoluzione della questione della *foreseeability* del diritto penale
4. La *statutory interpretation* negli Stati Uniti 50
- 4.1. Purposivism ed intentionalism 51
- 4.2. Textualism 52
- 4.2.1. Il *textualism* come metodo idealmente atto a garantire la *fair notice* del diritto 55
penale
- 4.2.2. L'ideologia "testualista" nelle direttive ermeneutiche di rango legislativo 56
adottate dagli Stati facenti parte degli U.S.A.
- 4.2.3. I principali rilievi mossi dalla dottrina statunitense al *textualism* 58
5. L'inutilità di un compendio di *canons* fra loro non gerarchicamente ordinati 60

| | |
|--|----|
| 6. La tesi dell'intrinseca inutilità di qualsivoglia <i>canon</i> | 62 |
| 7. L'esperienza statunitense nel campo dell'ermeneusi legale: cronache di un mondo "totalmente altro"? | 64 |
| 8. Cause e conseguenze dei "cicli vitale" delle teoriche dell'ermeneusi legale: un'importante lezione americana per il giurista europeo | 65 |
| 9. La necessità di "testare" la bontà degli insegnamenti tratti dalla disamina dell'esperienza statunitense in materia di <i>statutory interpretation</i> | 68 |
| 9.1. La rilevanza penale del falso in bilancio valutativo come problema la cui risoluzione mette in evidenza la difficoltà di rendere prevedibile il diritto penale mediante l'ideazione di "griglie ermeneutiche" | 69 |
| 10. Una strada alternativa a quella dell'implementazione dell'ideologia testualista in diritto penale: l'applicazione della <i>rule of lenity</i> | 75 |

CAPITOLO 3

La *lenity rule*: una possibile soluzione per garantire la *foreseeability* del diritto penale. Una strada praticabile e compatibile con il ruolo assegnato al giudice?

| | |
|---|----|
| 1. L'adozione di canoni ermeneutici volti a restringere il campo applicativo delle disposizioni incriminatrici e ad ampliare il perimetro d'operatività delle <i>defences</i> : una soluzione di buonsenso? | 76 |
| 2. Le radici assiologiche del criterio della <i>strict construction</i> in campo penale | 78 |
| 2.1. La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di <i>strictness</i> dell'interpretazione della legge penale | 80 |
| 3. Il rilievo del <i>canon</i> della <i>strict construction</i> nella cultura giuridica di <i>common law</i> | 81 |
| 3.1. Portata e fortuna applicativa della <i>rule of lenity</i> | 82 |
| 3.1.1. <i>United States c. Wiltberger</i> | 83 |
| 3.1.2. <i>McBoyle c. United States</i> | 84 |
| 3.1.3. <i>Bell v. United States</i> | 84 |
| 3.2. Le critiche formulabili agli arresti di cui sopra | 85 |
| 3.3. Le più recenti critiche della dottrina statunitense alla <i>lenity rule</i> | 86 |
| 4. L'adozione di canoni ermeneutici improntati a <i>strictness</i> : idea tecnicamente poco meditata o semplicemente inopportuna? | 90 |
| 5. Il ruolo assegnato al giudice nel nostro ordinamento e la compatibilità con esso della <i>lenity rule</i> | 93 |

| | |
|---|-----|
| 5.1. La necessità di garantire la conoscibilità della legge penale posta in relazione ai fini dell'ordinamento giuridico inteso come “ <i>soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all'art. 3, secondo comma</i> ” della Costituzione | 95 |
| 5.2. Risposta ad alcune possibili obiezioni alla tesi secondo cui nella sentenza n. 364/1988 la Corte costituzionale abbia inteso escludere alcun rilievo alla cosiddetta <i>rule of lenity</i> | 98 |
| 5.3. La giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine ai presupposti per dichiarare la scusabilità dell'ignoranza della legge penale come ulteriore conferma dell'inidoneità dei principi espressi nella sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale a imporre, di per sé soli, l'adozione di canoni ermeneutici di tipo restrittivo | 99 |
| 5.3.1. Il bilanciamento d'interessi sotteso all'inescusabilità del “ <i>dubium de legis</i> ” e le sue ripercussioni in ordine alla cultura della <i>construction</i> della fattispecie penale | 101 |
| 5.4. La causa di esclusione della punibilità di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 74/2000 come eccezione all'orientamento secondo cui il dubbio in ordine alla penale rilevanza di una condotta non esclude la colpevolezza del soggetto agente: una ratifica legislativa dell'irrilevanza del <i>dubium de juris</i> ? | 103 |
| 6. La fisiologica pluralità delle istanze cui è improntata l'amministrazione della giustizia – anche di quella penale | 106 |

CAPITOLO 4

La prevedibilità come connotato necessario delle *conduct rules* espresse dalle disposizioni incriminatrici

| | |
|---|-----|
| 1. L'urgenza di un <i>framework</i> operativo che garantisca la <i>fair notice</i> in ordine ai delitti e alle pene rispettando la complessiva trama assiologica dell'ordinamento | 110 |
| 2. La legalità come canone ermeneutico: un percorso foriero di esiti positivi | 110 |
| 2.1. Il <i>canon</i> della legalità al banco di prova del falso in bilancio valutativo | 112 |
| 3. Qualche dubbio in ordine all'idoneità del <i>canon</i> della legalità ad influenzare il processo ermeneutico del giudice penale | 113 |
| 4. L'indeterminatezza della nozione di indeterminatezza come possibile ipoteca rispetto all'efficacia del <i>canon</i> della legalità | 115 |

| | |
|---|-----|
| 4.1. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo " <i>Kopravnic c. Slovenia</i> " | 118 |
| come banco di prova dell'utilità della distinzione fra <i>conduct rules</i> e <i>decision rules</i> | |
| nell'ambito dell'opera di garanzia della <i>foreseeability</i> del diritto penale | |
| 5. La <i>lenience</i> come criterio di accertamento della <i>foreseeability</i> della legge penale | 122 |
| e non anche del significato da attribuire alle disposizioni penali | |
| 6. Alcune conclusioni | 123 |

CAPITOLO 5

La *stare decisis doctrine* come strategia di amministrazione del formante giurisprudenziale tesa a garantire la *foreseeability* del diritto penale: vecchi problemi per un nuovo orizzonte?

| | |
|---|-----|
| 1. L'assoluta necessità di garantire la prevedibilità del diritto penale sul piano della | 126 |
| della <i>law in action</i> | |
| 2. La vincolatività <i>soft</i> dei precedenti giudiziari della Corte di cassazione, secondo | 128 |
| l'attuale stato dell'arte della giurisprudenza di legittimità in materia | |
| 3. Lo sporadico accoglimento, da parte della Corte di cassazione, del principio dello | 130 |
| <i>stare decisis</i> come valore ordinante l'attività giurisdizionale | |
| a. L'accoglimento del principio dello <i>stare decisis</i> compiuto dalla III° Sezione civile | 131 |
| della Corte di cassazione nel 1995 | |
| b. L'immanenza del valore dello <i>stare decisis</i> nell'ordinamento giuridico italiano | 132 |
| secondo le Sezioni Unite n. 13620/2012 della Cassazione civile | |
| 4. Lo <i>stare decisis</i> come valore già immanente all'ordinamento giuridico italiano: | 133 |
| un'ipotesi azzardata? | |
| 5. I valori sottesi alla <i>stare decisis doctrine</i> secondo la tradizione giuridica | 135 |
| anglosassone | |
| 6. I valori che – anche negli ordinamenti giuridici di <i>common law</i> – si pongono in | 137 |
| contrasto con l'affermazione della <i>stare decisis doctrine</i> | |
| 7. <i>Better settled than settled right?</i> Il principale dilemma ricollegabile | 139 |
| all'accoglimento della <i>stare decisis doctrine</i> nell'ordinamento giuridico italiano | |
| 8. La possibilità che in relazione all'interpretazione di una disposizione normativa | 140 |
| sussista un margine di incertezza ed i suoi riflessi in ordine alla problematica | |
| dell'attrito fra la <i>stare decisis doctrine</i> e la <i>rule of law</i> | |
| 9. Una modesta proposta per un corretto bilanciamento fra l'istanza della <i>rule of law</i> | 143 |
| e quella – sottesa allo <i>stare decisis</i> – della <i>foreseeability</i> | |

10. Il sottile confine fra errore interpretativo e opzione esegetica opinabile ma non manifestamente erronea 146
11. L'ipotesi della *stare decisis doctrine* come un'"etica del precedente" fondata sul tessuto assiologico costituzionale attuale e non come mera tecnica di "ingegneria giudiziaria" 149
12. Il disconoscimento d'ogni vincolatività ai *precedents* sfavorevoli al reo: un'opzione obbligata? 151
13. L'indeterminatezza del confine fra le *rationes decidendi* di un precedente giudiziario e i *dicta ivi* contenuti come nuovo percorso di ricerca da intraprendere per comprendere l'effettività della *stare decisis doctrine* 152

Introduzione

1. La riemersione di un rimosso – 2. Sommaria rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno minimizzato o valorizzato la questione della prevedibilità del diritto penale – 3. La *common law-isation* degli ordinamenti di *civil law*: un orizzonte nuovo, per osservare il quale bisogna anche guardare indietro – 4. La *foreseeability* e *accessibility* del diritto penale come problematica inevitabilmente proteiforme

1. La riemersione di un rimosso

Le scienze psicologiche ci insegnano che sorge una nevrosi allorché la psiche, mediante un meccanismo denominato “rimozione”, allontana da sé pensieri inaccettabili, dei quali l’Io proverebbe vergogna.

I nodi irrisolti d’una cultura sovente sono paragonabili ai conflitti interiori posti alla base delle predette psicopatologie.

Pare configurarsi una sorta di “nevrosi”, in particolare, ove la classe di cultori d’una disciplina rifiuti per molto tempo di addivenire alla completa soluzione dei più problematici conflitti ideali che caratterizzano il proprio campo di *expertise*: questa titubanza risulta comprensibile sol che si rammenti che tentare di offrire una risposta a talune fondamentali domande proprie di una materia può finire per comportare il disvelamento dell’inermità di alcuni dei presupposti che hanno retto per lungo tempo intere architetture concettuali; in tali condizioni, la “rimozione” opera come una forma di autodifesa – nonché di autolegittimazione.

La psicanalisi insegna, però, che il rimosso, prima o poi, è destinato a riemergere, manifestandosi in sintomi la cui decodificazione consente di comprendere ciò che di irrisolto cova negli strati nascosti della coscienza.

Una siffatta riemersione è avvenuta, di recente, nel campo delle scienze dedite allo studio e alla critica dello *ius criminale*.

Sino ad oggi, infatti, sono state oggetto di “rimozione” molte delle più ardue domande sottese all’annosa questione delle condizioni di prevedibilità – e persino d’esistenza – della norma penale; tale rimozione è stata possibile fino a quando alcune contingenze d’assoluto rilievo hanno spinto la dottrina nostrana a concentrare nuovamente i propri sforzi intellettuali su di un problema talmente antico da richiedere presumibilmente soluzioni nuove.

In particolare, la sentenza *Contrada* della Corte europea dei diritti dell'uomo ha contribuito, nel 2015, a far tornare prepotentemente alla ribalta gli interrogativi di cui sopra, questioni il cui peso, negli ultimi decenni, è stato in larga misura obliterato in virtù dell'opera di alcuni attori istituzionali (il Parlamento, la Corte costituzionale e la Corte di cassazione), nonché a causa dell'ascesa di teorie improntate al post-modernismo.

2. Sommatoria rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che hanno minimizzato o valorizzato la questione della prevedibilità del diritto penale

L'urgenza della problematica delle condizioni di prevedibilità della *criminal law* è stata svalutata, in primo luogo, da una giurisprudenza costituzionale sovente disattenta nei confronti della qualità d'una legislazione penale tanto alluvionale quanto tecnicamente poco avvertita: è ormai un diffuso *Leitmotiv* quello per il quale l'ordinamento penale italiano sarebbe modellato da un Nomoteta sciatto, di fatto sollevato dalle proprie responsabilità da un Giudice delle leggi neghittoso e quasi ostile ad una piena implementazione del principio di legalità nel campo dello *ius criminale*; secondo parte della dottrina, il Giudice delle leggi – avendo giustiziato in una sola occasione il principio di cui all'art. 25, II° comma, Cost. – sarebbe stato eccessivamente “*condiscendente*” nei confronti d'un Legislatore ritenuto dai più – a torto o a ragione – incapace di prevedere ipotesi di *offences* e *defences* in modo determinato e tassativo.

Nell'opinione di non pochi Autori, teorie quali la dottrina del diritto vivente, inoltre, avrebbero finito per aggravare lo *status quo*, attribuendo al formante giurisprudenziale un peso ben superiore a quello che l'architettura istituzionale disegnata dalla Suprema Carta consentirebbe.

Inoltre, sul piano della *law in action*, si lamenta che la giurisprudenza di legittimità avrebbe ridotto eccessivamente la possibilità di individuare incertezze normative talmente gravi da consentire un'applicazione di carattere non meramente residuale della scusante dell'*ignorantia legis* incolpevole.

A fronte di un simile scenario, non sono mancati frequenti richiami ad un sano “*realismo giuridico*”, caratterizzati da evidenti note di disincanto.

Secondo questi moniti, il mito del giudice *bouche de la loi* si sarebbe ormai rivelato per quel che è: un mito, per l'appunto, una mera costruzione ideologica la cui specifica funzione si è

ormai esaurita, in parallelo al venir meno dei presupposti storici e politici che hanno portato alla sua elaborazione.

In un'ottica post-moderna, sarebbe ormai d'obbligo rilevare che il giudice non si limita a *jus dicere*, a dire il diritto, poiché l'interpretazione della legge non si risolve che in un'attività creativa¹: le disposizioni normative – secondo la lettura più anti-positivista del problema – sarebbero poco più che tratti di penna², ontologicamente diversi dalla norma ricavabile all'esito del processo di ermeneusi legale; per usare le parole di un noto esponente del filone dottrinale statunitense della *law & economics*, POSNER, “*meaning is what emerges when linguistic and cultural understandings and experiences are brought to bear on the text*”³.

La Corte di cassazione ha abbracciato le considerazioni appena riassunte in plurimi arresti, nei quali si è decretato che “*la figura dell'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è di rilievo meramente teorico*”, e ciò in quanto essa è predicabile solo a condizione “*di poter distinguere un'attività di formale produzione normativa, inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post-*

¹ Si chiede se sia ancora ragionevole e sensato “*ritenere esistenti per l'interpretazione giudiziale dei limiti, dei criteri di controllo di natura semantica e sintattica*” V. VELLUZZI, *Due (brevi) note sul giudice penale e l'interpretazione* in *Criminalia*, 2014, p. 305. Parla di un'interpretazione giudiziale che si è ormai fatta “*attività costitutiva della norma giuridica*” A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014, p. 125). Appare opportuno rilevare che non manca, in dottrina, chi attribuisce alla locuzione “*creazionismo giuridico*” un'accezione ben diversa da quella alla quale si fa riferimento nella presente sede, identificandola con “*la concezione del diritto più diffusa qui e oggi: un mix di positivismo e di realismo giuridico – continentali – che riduce il diritto a legislazione, l'interpretazione a esegesi della legge, e il common law a un'eccentricità inglese, tipo la caccia alla volpe*” (così M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria* in *Quaderni Fiorentini*, n. 44/2015, p. 67).

² “*‘Meaning’ is not something that words ‘have’ or readers ‘find’. ‘Meaning’, in the context of written language, is something that we attribute to marks on paper*” / “*Il ‘significato’ non è qualcosa che la parola ‘abbia o che il lettore possa ‘trovare’. Il ‘significato’, nel contesto del linguaggio scritto, è qualcosa che noi attribuiamo a dei segni su di un foglio*” (traduzione a cura di chi scrive) (così M. E. MULLINS, *Tools, Not Rules: The Heuristic Nature of Statutory Interpretation*, *Journal of Legislation*, 2003. p. 21).

³ Così R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, 1990, p. 296

*illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà della legge nel caso concreto*⁴.

La Corte costituzionale, probabilmente, si è spinta anche oltre, affermando che “*le norme vivono nell’interpretazione che ne danno gli operatori del diritto*”⁵.

A parere di MASSIMO LUCIANI, una siffatta posizione ricorda la posizione di HOLMES secondo cui “*the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are [...] the law*”⁶.

Nell’ambito di una simile, travagliata temperie culturale, la sentenza *Contrada* ha contribuito a far riemergere un rimosso – l’ardua problematica delle condizioni di conoscibilità (e d’esistenza) della norma penale – dall’inconscio della dottrina penalistica italiana; a causa dello shock *de quo*, la psiche del penalista è come costretta a riorganizzarsi e, in una sorta di *transfert*, il *civil lawyer* sembra essere destinato a diventare, suo malgrado, *common lawyer*.

3. La *common law-isation* degli ordinamenti di *civil law*: un orizzonte nuovo, per osservare il quale bisogna anche guardare indietro

Crollati i miti fondativi del mondo di *civil law* per i motivi ai quali s’è fatto accenno *supra* – ovverosia per la loro intrinseca insostenibilità, oppure per la denunciata sciattezza degli attori istituzionali nostrani nel prestarvi fede – non resta che tendere il nostro sguardo “oltremanica ed oltreoceano”, ossia verso gli ordinamenti di *common law* anglosassoni⁷.

⁴ Così, *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11091. *Infra* si porrà attenzione a quanto stabilito sul tema *de quo* dai giudici di legittimità in materia di responsabilità civile e disciplinare del giudice.

⁵ Così la Consulta, rispetto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, nella fondamentale sentenza n. 348/2007.

⁶ Così O.W. HOLMES, *The path of the law*, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897), così come citato da M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, n. 5/2012, p. 3823.

⁷ Mediante la locuzione “*common law*”, usualmente si indicano: 1) i sistemi giuridici anglo-sassoni; 2) il complesso dei precedenti giudiziari – aventi portata vincolante – maturati entro i predetti ordinamenti; 3) il diritto giurisprudenziale anglo-sassone diverso dalla cosiddetta “*equity*”. In questa sede, com’è evidente, si intende fare riferimento alla prima delle predette accezioni. Vero è, tuttavia, che sovente ci si riferisce ai sistemi giuridici di *common law* identificandoli esclusivamente con la loro caratteristica più nota – quella di attribuire valore vincolante ai precedenti giudiziari; per le esigenze di cui si dirà *infra*, tuttavia, il presente studio intende analizzare anche ambiti culturali,

Orientare la nostra attenzione in direzione del sistema giuridico britannico e di quello statunitense è ben più di un mero riflesso condizionato⁸, anche alla luce degli *input* dei quali i giudici italiani sono stati destinatari ad opera della Corte EDU.

Il caso Contrada, di recente, ci ha insegnato che una sentenza delle Sezioni Unite – almeno nell’ottica del diritto euro-convenzionale – *de facto* presenta una portata normativa assimilabile a quella di una legge approvata dal Parlamento secondo le procedure legislative previste dalla Costituzione⁹.

Il diritto penale italiano, dunque, pare già essere in larga misura *common law-ised*¹⁰, quantomeno agli occhi dei giudici di Strasburgo: come non guardare, pertanto, alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali di quei paesi in cui il formante giurisprudenziale parrebbe essere pienamente fungibile rispetto a quello legislativo?

Forse non ci resta altro da fare che procedere ad una corretta interpretazione della cultura giuridica anglosassone, per mutuarne gli strumenti più idonei a consentirci di “addomesticare” con razionalità ciò che ad alcuni continua ad apparire un esempio di teratologia giuridica, ossia la giurisprudenza-fonte.

L’approccio che si intende adottare in questa sede, tuttavia, soltanto in limitata misura può dirsi ispirato alla predetta logica: l’intento di chi scrive, infatti, solo parzialmente si identifica nella volontà di esaminare le regole ed i principi che, nei paesi di *common law*, consentono

normativi e giurisprudenziali del mondo di *common law* maggiormente dissonanti rispetto all’idea che, usualmente, il giurista continentale ha della cultura giuridica anglosassone.

⁸ Non può esitarsi a definire pionieristico il lavoro di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014: sino alla prima edizione di tale opera, risalente al 1999, la dottrina penalistica nostrana ha in larga misura ignorato il rilievo dei *precedents* rispetto alla problematica delle condizioni di conoscibilità del diritto penale; lo stesso CADOPPI, nella premessa alla seconda edizione della predetta monografia, ha sostenuto che, alle soglie del terzo millennio, l’idea di attribuire una vincolatività relativa al precedente giudiziale “poteva sembrare [...] un delirio scientifico, un’elucubrazione teorico-dottrinale priva di futuro e di plausibile riscontro nella realtà operativa”.

⁹ Suggestisce di considerare il carattere inevitabilmente precario delle pur molto importanti indicazioni contenute nella sentenza Contrada – in quanto “*constrained by the facts of the case*” – V. MANES, in *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future* in *Cass. pen.*, n. 3/2017, p. 955

¹⁰ Coniando un felice neologismo, parla di *common law-isation* del nostro ordinamento V. MANES, *ibidem*

di amministrare i precedenti di giudiziali vincolanti e di proporre un *transplant* nel nostro ordinamento¹¹.

Invero, si vuol muovere dalla considerazione che la garanzia delle condizioni di prevedibilità della norma penale è un problema trasversale tanto al mondo giuridico anglosassone quanto a quello continentale, e che molte delle strategie adottate nei due contesti in oggetto al fine di garantire la *predictability* delle disposizioni appartenenti allo *ius criminale* si muovono lungo le medesime direttrici e sugli stessi piani.

Può affermarsi, anzi, che nei sistemi giuridici di *common law* – ed in particolare negli Stati Uniti – nel tempo si sono affermate con forza peculiari teoriche ispirate ad istanze normalmente associate alla cultura di *civil law*: dottrine quali la *non delegation doctrine* e la *vagueness doctrine*, criteriologie ermeneutiche come l'*originalism* ed il *textualism*, canoni ermeneutici del rango della *rule of lenity* o della *plain meaning rule*, e persino lo stesso principio dello *stare decisis* sono costrutti culturali ispirati ad un rispetto per il valore della *rule of law* perfettamente equiparabile all'attenzione tributata dalla dottrina penalistica italiana nei confronti del principio di legalità negli ultimi decenni¹² – quantomeno a partire dall'ascesa dell'approccio costituzionalmente orientato al diritto penale.

Alla luce di un simile quadro appare utile, dunque, non soltanto volgere lo sguardo verso la letteratura giuridica anglosassone per mutuarne le strategie di valorizzazione ed amministrazione della giurisprudenza-fonte, ma provare a sperimentare una vera e propria *Horizontverschmelzung*¹³ fra la cultura di *civil law* e quella di *common law*: una simile

¹¹ Detto *transplant*, d'altronde, pare essere già avvenuto, più o meno silenziosamente, se guardiamo alla giurisprudenza della Corte di cassazione, ed in particolare ad alcune interessanti pronunce della Cassazione civile di cui si dirà più diffusamente *infra*.

¹² Invero, nell'importante ordinanza n. 24/2017, la Corte costituzionale afferma che “*l'attività del giudice [...] deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate*”, in ciò cogliendo “*un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law*”. Tuttavia, per le ragioni di cui si dirà più diffusamente nel prosieguo della presente trattazione, la determinatezza delle disposizioni normative penali è un tratto innegabilmente appartenente anche agli ordinamenti di *common law*.

¹³ *Horizontverschmelzung* – ossia “*fusione di orizzonti*” – è l'espressione mediante la quale HANS-GEORG GADAMER ha icasticamente riassunto i principali caratteri del processo interpretativo: nell'ottica del filosofo tedesco, l'ermeneusi non è unilaterale estrazione di un senso da un discorso, bensì comporta necessariamente la reciproca influenza fra testo ed ermeneuta, in una sorta di “*circolo*” nel quale il pregiudizio dell'interprete in ordine al senso del “*significante*” tende ad interagire con l'influenza che il “*significato*” esercita sullo stesso esegeta.

fusione è un imperativo metodologico il cui rispetto può prevenire infauste dinamiche di mera “importazione” di elaborazioni concettuali altrui¹⁴.

Breviter: chi scrive non intende compiere un’indagine a fini di *transplant*, ma vuol tentare di intraprendere un “discorso sincrono”, in cui riecheggino contestualmente voci diverse, per capire in che misura le frequenze delle stesse combacino, per quale motivo ciò possa accadere e quali lezioni possano trarsi da siffatta sincronia.

Se quello al cospetto del quale ci troviamo è un “modello ibrido di legalità”¹⁵, con buona probabilità occorre, dunque, procedere ad uno studio che presenti il medesimo carattere e “ibridare” i possibili percorsi di ricerca.

La scansione della presente trattazione, pertanto, sarà sempre scandita “per problemi”, senza mai separare l’indagine sulle problematiche giuridiche nostrane da quella sulle soluzioni immaginate nel mondo anglosassone in ordine alle medesime questioni.

Mettendo a confronto le soluzioni che il nostro ordinamento e la *common law* hanno provato a dare alle medesime domande, si cercherà da capire quali siano le esperienze altrui da cui possiamo trarre validi insegnamenti al fine di meglio implementare il valore della *foreseeability* della legge penale, e quali siano, invece, quelle che forse abbiamo già inconsapevolmente vissuto.

4. La *foreseeability* e *accessibility* del diritto penale come problematica inevitabilmente proteiforme

La problematica della “*foreseeability*” del diritto penale involge molteplici profili, e dunque non può che essere affrontata su di una pluralità di piani, una corretta esplorazione dei quali ci impone inevitabilmente di muovere da tematiche tradizionalmente legate alla *law in the books* per poi proseguire nella disamina di dinamiche strettamente attinenti alla *law in action*.

¹⁴ Si è ben consapevoli che, nell’adottare un simile approccio, il rischio è quello di ridurre il tasso di “obiettività” e “descrittività” dei “materiali” storici e comparativi che si prenderanno in considerazione, ma ciò, con buona probabilità, è una dinamica inevitabile allorquando si adoperino simili materiali nell’ambito di una riflessione sul “diritto attuale”. Per un richiamo al problema metodologico *de quo*, M. DONINI, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2015, p. 95

¹⁵ L’espressione è di V. MANES, *Common law-isation del diritto penale?*, p. 955

Ciò posto, appare opportuno premettere quali questioni saranno trattate nel prosieguo, giustificando sin d'ora – seppur sommariamente – per quale motivo ce ne si occuperà:

- a) Affinché l'esito delle decisioni giudiziarie in ambito penalistico sia prevedibile, occorre, in primo luogo, che lo “scarto” sovente ricorrente fra le disposizioni penali poste dal Legislatore e le norme che il giudice ricava dalle stesse in virtù della sua attività ermeneutica sia il più ridotto possibile: la *criminal law*, infatti, è tanto più *foreseeable* quanto più essa è determinata e tassativa già “sulla carta”.

È per il predetto motivo che si muoverà, in primo luogo, dalla problematica della giustiziabilità del principio di legalità di cui all'art. 25, co. II°, Cost.: chi scrive è ben conscio che tale filone di ricerca, per molti versi, possa apparire “esaurito”, come accade, talvolta, rispetto ai grandi temi del diritto penale in riferimento ai quali siano state elaborate dottrine giurisprudenziali “tiepide”.

Tuttavia, non pare del tutto inopportuno comprendere se la Corte costituzionale possa ancora provare a dotarsi di uno strumentario concettuale atto a consentirle di sindacare la determinatezza delle disposizioni penali: in particolare, si proverà a verificare se possano confluire utilmente entro detto strumentario il principio di proporzionalità e la *overbreadth doctrine* elaborata dalla giurisprudenza della Corte suprema degli U.S.A., a tal fine traendo utili elementi dalla storia della *non-delegation doctrine* e della *Chevron deference doctrine*.

- b) Tra la “disposizione” e la “norma” si frappone, ovviamente, il prisma dell'interpretazione, come la Corte EDU non manca mai di ravvisare nell'opera di implementazione dell'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Muovendo dagli esiti della riflessione dottrinale e della pratica giurisprudenziale statunitense in materia di *statutory interpretation*, si cercherà di comprendere a quali condizioni e in che misura possa governarsi l'attività interpretativa del giudice, e se ciò – ove astrattamente possibile – sia in concreto opportuno.

In particolare, si concentrerà l'attenzione sulle alterne fortune del *textualism* – metodica ermeneutica la cui adozione viene reputata da alcuni Autori idonea ad implementare il valore della *fair notice* in ordine ai delitti e alle pene; si esamineranno i *pro* e i *contra* del canone della *strict construction*, *id est* della cosiddetta *lenity rule*; infine, si valuterà quale sia la funzione attribuita al giudice nell'ambito di uno stato di diritto democratico, al fine di comprendere se il suo peculiare ruolo istituzionale imponga o meno di ritenerlo vincolato a specifiche direttive ermeneutiche.

- c) Infine, si valuterà se l'adozione della *stare decisis doctrine* sia consentita dall'ordinamento giuridico italiano così come attualmente strutturato, ed entro quali limiti detta dottrina consenta di garantire la *foreseeability* della legge penale.

1. L'indeterminatezza del concetto di determinatezza della legge penale quale primo ostacolo alla giustiziabilità della *fair notice on the books* in ordine ai delitti ed alle pene: la necessità di trattare il principio di legalità come un “*valore*” e non solo come un parametro di costruzione di *offences* e *defences*

1. La legalità *on the books* come sentiero che non si è ancora finito di battere – 2. Gli orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle condizioni di giustiziabilità del principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost. – 3. L'ordinanza della Consulta n. 24/2017 nell'ambito dell'*affaire* Taricco: segnali di un'inversione di rotta? – 4. Le (probabili) ragioni alla base della difficoltà di giustiziare il principio di legalità penalistico – 5. La necessità di dotarsi di un solido strumentario concettuale mediante il quale stabilire quando una fattispecie penale sia illegittimamente indeterminata – 5.1 Il concetto di ambiguità – 5.2 Il concetto di vaghezza – 5.3 Il concetto di genericità – 6. Costi e vantaggi dell'innesto di elementi “*indeterminati*” nella costruzione delle disposizioni penali – 7. I corollari della difficoltà di stabilire *ex ante* un catalogo di “*casi limite*” rispetto alla definizione del perimetro applicativo di una fattispecie penale – 8. La *void-for-vagueness doctrine* e la difficoltà di procedere alla sua implementazione legata alla *vagueness* del concetto di *vagueness* – 9. L'indeterminatezza del principio di indeterminatezza del diritto penale: un dato da acquisire per evitare letture anguste della problematica della rara giustiziabilità del principio di cui all'art. 25, co. II, Cost. – 10. La declaratoria d'incostituzionalità del reato di plagio ai sensi dell'art. 25, co. II°, c.p.: la necessità di leggere fra le righe di una sentenza che giustiziando il principio di determinatezza delle disposizioni penali, forse, parla anche d'altro – 11. La legalità come valore e non più solo come criterio di costruzione della fattispecie penale: un'idea praticabile? – 12. Bilanciare la legalità con le istanze di tutela espressa dalle disposizioni incriminatrici: un passo indietro o una nuova garanzia?

1. La legalità *in the books* come sentiero che non s'è ancora finito di battere

Talora, la Storia (anche quella del diritto) somiglia ad un “*pendolo*” che oscilla costantemente fra differenti coppie di poli ideologici; si alternano “*corsi e ricorsi*”, per usare il linguaggio adottato da Giambattista Vico nel V° libro della *Scienza nuova*.

Come già s'è detto nel capitolo precedente, le categorie della “legalità *in the books*” e della “legalità *in action*” costituiscono una delle più importanti coppie concettuali in questione.

Attualmente, nei paesi di *civil law* il “*pendolo*” pare muoversi in direzione della “legalità *in action*”, anche a causa della sfiducia maturata dai giuristi di formazione continentale in

ordine alla possibilità che lo *jus* si risolva esclusivamente – o quantomeno principalmente – nella *lex* così come posta dal Legislatore¹.

Non sembra azzardato ritenere che il polo della “legalità *on the books*” sia destinato, nei prossimi anni, ad essere sempre meno considerato come un campo di ricerca fecondo da parte dei cultori del diritto penale: la generalizzata disillusione in ordine alla possibilità che il giudice possa farsi *bouche de la loi*, probabilmente, è ancora troppo cocente perché la dottrina torni ad interessarsi con fiducia al progetto di una legislazione talmente chiara e precisa da escludere efficacemente ogni intervento “*creativo*”, o semplicemente “*ortopedico*”, in sede giurisdizionale.

A parere di chi scrive, tuttavia, non sono poche le lezioni che possono ancora trarsi da siffatta disillusione: come affermato da uno dei più eminenti studiosi del rilievo che i *precedents* possono avere nell’ordinamento giuridico, “*lo scetticismo sulla possibilità che tutti i problemi del diritto vengano risolti ‘nei libri’*” non comporta necessariamente la convinzione “*dell’inutilità degli sforzi legislativi verso una maggiore precisione e chiarezza delle leggi penali*”².

Le domande in riferimento alle quali si proverà ad abbozzare una risposta nel prosieguo, pertanto, sono le seguenti: è possibile ritenere ancora che la prevedibilità dello *ius criminale* possa essere garantita da una legislazione determinata e tassativa, pur alla luce delle acquisizioni del post-modernismo giuridico? Può il Giudice delle leggi implementare efficacemente siffatta garanzia senza esorbitare dai propri compiti, rispettando il margine di discrezionalità del nomoteta?

Vero è, infatti, che – quantomeno a far data dalla sentenza n. 364/1988 – debba riconoscersi al formante giurisprudenziale un ruolo importante in ordine alle condizioni di conoscibilità dei precetti dettati dal sistema giuridico (penali e non); tuttavia, non può trascurarsi di indagare, in cosa possano effettivamente consistere, ad oggi, il principio di cui all’art. 25,

¹ Sul punto, particolarmente realista e ragionevole è l’opinione di CADOPPI, il quale ritiene che una piena riconoscibilità del precetto penale non possa essere ottenuta nella pura dimensione *on the books*, “*neppure a mezzo degli stratagemmi più sofisticati*”, posto che “*il giudice non potrà mai ridursi – secondo l’utopia montesquieuiana – in una mera bouche de la loi, né il potere giudiziario può finire per essere [...] ‘presque nulle’*” (così ID., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, p. 156).

² Così ID., *ibidem*.

co. II°, Cost ed i suoi corollari, e se in riferimento ad essi sussistano apprezzabili margini di giustiziabilità³.

È opportuno premettere che si procederà alla disamina della tematica *de qua* mutuando elementi di riflessione dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense: la *void for vagueness doctrine* e la *overbreadth doctrine* costituiranno utili strumenti concettuali da adoperare nel compito di attribuire nuovamente un nuovo ed apprezzabile rilievo alla legalità *in the books*.

2. Gli orientamenti della Corte costituzionale in ordine alle condizioni di giustiziabilità del principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost.

Il principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost. è deputato, in primo luogo, a preservare l'esclusività della potestà normativa del Parlamento in ambito penale; lo stesso garantisce, oltretutto, il diritto dei consociati ad una *fair notice* in ordine alla materia dei delitti e delle pene – e ciò in virtù dei suoi corollari, ossia i principi di determinatezza e tassatività delle fattispecie di reato⁴.

La Corte costituzionale, a partire dal 1956, anno della sua istituzione, ha giustiziato la legalità penale in una sola occasione⁵: con la pronuncia n. 96/1981, la Consulta ha dichiarato

³ In dottrina – come rilevato da ID, *ibidem* – non sono mancati Autori per i quali è opportuno che si rinunci ad una normazione penalistica determinata e tassativa, al fine di implementare una nomopoiesi nel campo dello *ius criminale* “*per principii*”, ovvero sia “*una legislazione sintetica che renda esplicite ed estremamente chiare le radici e le finalità storico-politiche delle singole regole giuridiche e, privilegiando il momento dell’offesa ingiusta o della lesività [...] su quello formale della ‘mera tipicità’, racchiuda in una serie di norme, relativamente poco numerose, i fondamentali tipi di ‘attacco’ [...] ai gruppi di beni-interessi-valori ritenuti più importanti dalla società*” (così M. SPASARI, *Appunti sulla discrezionalità del giudice penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1976, p. 50). A ben guardare – come si dirà *infra* – l’ideale di una legislazione penale “*sintetica*”, ad oggi, pare essersi realizzato nella misura in cui il Legislatore italiano – con l’avallo del Giudice delle leggi – da tempo costruisce le fattispecie penali adoperando concetti vaghi, l’integrazione concreta dei quali, sovente, si risolve nella stessa lesione degli interessi tutelati dalle disposizioni incriminatrici.

⁴ Sul principio di determinatezza del diritto penale, appare opportuno rimandare, *ex plurimis*, a M. BOSCARRELLI, voce *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; F. BRICOLA, *II e III comma dell’art. 25*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981, p. 227 ss.; G. VASSALLI, voce *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 535

⁵ Sul punto, F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 61.

l'incostituzionalità del disposto di cui all'articolo 603 c.p., ossia della fattispecie di delitto del "plagio", ritenendo che la relativa formulazione letterale prevedesse un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato, "non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata"⁶.

Per il resto, può dirsi ormai pienamente consolidato l'orientamento del Giudice delle leggi secondo cui l'inclusione nella formula descrittiva di un illecito penale di "espressioni sommarie, di vocaboli polisensibili [...] ovvero [...] di clausole generali o concetti 'elastici', non comporta un vulnus del parametro costituzionale [di cui all'art. 25, co. II°, Cost.] [...] quando la descrizione complessiva del fatto incriminato consenta comunque al giudice – avuto riguardo alle finalità perseguite dall'incriminazione ed al più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca – di stabilire il significato di tale elemento mediante un'operazione interpretativa non esorbitante dall'ordinario compito a lui affidato" e cioè quando quella descrizione consenta di esprimere un "giudizio di corrispondenza della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, sorretto da un fondamento ermeneutico controllabile", e correlativamente "permetta al destinatario della norma di avere una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo"⁷.

All'orientamento in parola sembra sottesa la consapevolezza che le fattispecie di reato non possano essere assolutamente scevre da profili di indeterminatezza: nel *framework*

⁶ V. MANES ne *Il ruolo "poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema"*, in *Cassazione penale*, 2014, p. 1918 e ss., sottolinea come, pur al cospetto di una legislazione penale sempre meno tecnicamente meditata, e dunque sempre più imprecisa, la Corte costituzionale, dopo la sentenza n. 96/1081, "sembra [abbia] rimosso il problema [della determinatezza dei precetti penali,] anche perché sempre più rare sono le ordinanze di rimessione che prospettano (convincentemente) censure invocando la violazione del parametro di cui all'art. 25, comma 2, Cost.", e ciò nonostante la "Corte EDU appaia, al contrario, sempre più impegnata nel controllare che la norma penale – in the books o in action – risponda alle fondamentali istanze di conoscibilità e prevedibilità".

⁷ Così Corte. cost. n. 327/2008, concernente la questione di legittimità costituzionale sollevata ai sensi dell'art. 25, co. II° Cost in riferimento al reato di disastro innominato di cui all'art. 434 c.p.. In tal senso anche Corte cost. n. 5/2005, Corte cost. n. 34/1995, Corte cost. n. 122/1993, Corte cost. n. 247/1989, Corte cost. n. 395/2005, Corte cost. n. 80/2004. Per una disamina della giurisprudenza in materia di disastro innominato ex art. 434 c.p., si rimanda a A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 270. Parla di "de-formante giurisprudenziale" in ordine agli arresti in materia di disastro ambientale ID., *ibidem*.

ideologico delineato dalla Consulta, la circostanza che le fattispecie penali non siano *prima facie* univoche, di per sé sola, pare inidonea, ove integrata, a determinare l'incostituzionalità di una figura di illecito penale⁸.

Sulla base di tali considerazioni, il Giudice delle leggi pare sollevare il Legislatore dal compito di legiferare in ambito penale con massima puntualità⁹, e – come si dirà diffusamente *infra* – al contempo elabora, seppur sommariamente, un quadro apparentemente completo delle istanze che, presiedendo ogni operazione ermeneutica nel campo dello *ius criminale*, dovrebbero garantire una corretta operazione di “tassativizzazione giudiziaria” dei precetti relativi alle *offences* e alle *defences*¹⁰.

Nell'ottica della Consulta, il compito di implementare l'istanza di cui all'art. 25, co. II° Cost, pertanto, sembra suddiviso su due livelli, quello della *legis-latio* – nell'ambito del quale il nomoteta è chiamato ad assumere delle decisioni, legittimamente connotate anche da

⁸ È interessante notare, oltretutto, che la Corte costituzionale, allorché rigetta le questioni di legittimità costituzionale sollevate in riferimento al principio di legalità di cui all'art. 25, co. II°, Cost., talora tende a svolgere funzioni che l'ordinamento attribuisce alla Corte di cassazione: il Giudice delle leggi, infatti, non si limita soltanto a verificare la determinatezza delle fattispecie di reato sottoposte al suo scrutinio, ma procede anche a scioglierne le relative ambiguità, dandone quella che ritiene la più idonea interpretazione; emblematica di tale *modus procedendi* è la sentenza n. 327/2008, nella quale la Consulta interpreta la nozione di “*altro disastro*” di cui all'art. 434, definendone i tratti essenziali.

⁹ V'è chi si è spinto ad affermare che la Corte costituzionale, nei confronti del diritto penale sostanziale così come posto dal Legislatore italiano, abbia assunto una posizione sin troppo prudente, quasi “*fiancheggiatrice dell'attività legislativa*” (così G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, p. 1021).

¹⁰ Come acutamente rilevato da A. ODDI in *Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 5/2011, p. 619, “*quello che per definizione deve essere un prius [(la determinatezza della fattispecie criminosa)] si trasforma in un posterius*”, alla luce di come la disposizione incriminatrice viene “*concretamente reinterpretata (dalla stessa Corte [costituzionale] e, su indicazione di questa, dagli altri giudici) alla luce del complessivo panorama dei valori costituzionali*”. Una simile posizione della Consulta, secondo ID., pare porsi in contrasto con quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 364/1988, pronuncia in cui si legge che “*nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento*”. Anche nella dottrina statunitense il principio di legalità penalistico – declinato secondo i termini della *void for vagueness doctrine*, di cui si dirà più diffusamente *infra* – prevede che le norme penali siano precise al punto da impedire all'interprete di operarne una “*construction*” giudiziale che si identifichi nella loro sostanziale stesura (o riscrittura).

clausole generali ed elementi elastici – e quello della *juris-dictio* – entro il quale il giudice è chiamato a ricostruire la reale portata delle predette decisioni, valorizzando una pluralità di dati.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, come si vedrà *infra*, ha sostanzialmente perorato principi analoghi, affermando che alla magistratura non può sottrarsi il compito di “*precisare gradualmente*” il dettato normativo penalistico.

Un simile quadro ha portato autorevole dottrina a sostenere che la legge, oggidi, non costituisca più una garanzia in virtù della sua “*univocità e determinatezza testuale*”, nonché per la “*conseguente struttura sussuntiva del procedimento della sua applicazione*”¹¹.

Non può neppure dirsi, tuttavia, che la garanzia in parola trovi piena concretizzazione nella cosiddetta “*teorica del diritto vivente*”: è la stessa Corte costituzionale – nella medesima sentenza dalla quale è stato estratto il brano sopra riportato – ad affermare che “*l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione*”, posto che “*sostenere il contrario significherebbe [...] 'tradire' entrambe le funzioni del principio di determinatezza*”, ossia “*garantire la concentrazione del potere legislativo della produzione della regula juris*” e “*assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato*”¹².

Sebbene la Corte costituzionale non abbia fatto della dottrina del diritto vivente un vero e proprio “*equivalente funzionale*” del principio di determinatezza delle disposizioni penali, va detto che la teorica in oggetto, *de facto*, ha contribuito in misura notevole – quantomeno sul piano operativo – alla “*tassativizzazione*” di fattispecie altrimenti destinate ad essere oggetto delle più svariate interpretazioni, con grave vulnus delle esigenze di prevedibilità dello *ius criminale*.

3. L'ordinanza n. 24/2017 nell'ambito dell'affaire Taricco: segnali di un'inversione di rotta?

L'orientamento “*permissivo*” della Corte costituzionale in materia di determinatezza e tassatività delle disposizioni penali sembra essere stato in qualche misura smentito, di

¹¹ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un 'principio fondamentale'*, *Quaderni fiorentini* XXXVI, 2007, p. 1322

¹² Così Corte cost. n. 327/2008, par. 6.

recente, nell'ordinanza n. 24/2017, con la quale il Giudice delle leggi – mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale – ha sollecitato la Corte di Giustizia dell'Unione europea a stabilire se l'art. 325, paragrafi 1 e 2, del TFUE “*debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato*”¹³.

Come noto, il rinvio pregiudiziale *de quo* è stato disposto dalla Consulta al fine di ottenere dai giudici di Lussemburgo una sorta di “*interpretazione autentica*”¹⁴ dell'ormai ben nota sentenza Taricco¹⁵, emanata proprio dalla Corte di giustizia; con tale arresto, i giudici europei, “*senza particolari scrupoli*”¹⁶, avevano ritenuto che l'art. 325 TFUE stabilisca il potere/dovere del giudice interno di disapplicare *in malam partem* il termine massimo di prescrizione previsto dalla legislazione italiana (alla stregua della disciplina di cui agli articoli 160 e 161 del codice penale) laddove l'applicazione di detto termine, nell'ambito di procedimenti per reati in materia di frodi volte all'evasione dell'IVA, finisca per compromettere gli interessi finanziari dell'Unione europea.

¹³ Per una disamina dell'ordinanza in parola, si rimanda, *ex plurimis*, a C. CUPELLI, *La corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, in *Diritto penale contemporaneo*

¹⁴ Così V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 1

¹⁵ Per la trattazione delle problematiche sottese al noto arresto della Corte di Giustizia dell'Unione Europea “Taricco” ed all'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale, si rinvia alla sterminata produzione dottrinale elaborata in merito, ed in particolare a M. CAIANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e della reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, p. 233 ss.; ID, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; D. PULITANÒ, *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. 24/2017*, *ivi*; A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale*, *ivi*; T.E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la “crisi” del diritto penale tra le corti*, *ivi*; A. RUGGERI, *Rapporti inter-ordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, *ivi*;

¹⁶ Così ID, *ibidem*, p. 2

Per quanto più interessa la presente trattazione, appare degna di nota la circostanza che la Consulta, nell'ambito del provvedimento *de quo*, abbia opposto ai giudici della Corte di giustizia il principio di determinatezza della legge penale, asserendo che esso riguardi anche il regime della prescrizione dei reati, e dunque si ponga in contrasto con il *dictum* della sentenza Taricco.

La Corte costituzionale, in particolare, ha affermato che l'articolo 25, co. II° Cost. impone che le norme di diritto penale sostanziale siano formulate in termini "*chiari, precisi e stringenti*", sia allo scopo di consentire ai consociati di comprendere quali possano essere le conseguenze delle proprie condotte, sia allo scopo di impedire ogni arbitrio applicativo da parte dei giudici: imporre ai giudici italiani di disapplicare il termine massimo di prescrizione ove da esso derivi l'impunità di "*gravi*" frodi fiscali in danno dell'Unione "*in un numero considerevole di casi*" – nella prospettiva della Consulta – violerebbe il predetto principio, in quanto i soggetti deputati alla giurisdizione si ritroverebbero ad esercitare un potere discrezionale insuscettibile d'essere validamente controllato.

È evidente come il Giudice delle leggi, nell'ordinanza n. 24/2017, abbia espresso il principio di determinatezza dello *ius criminale* a tinte ben più forti di quelle adoperate dal medesimo organo giurisdizionale in arresti quali la sopra citata sentenza n. 327/2008: nel "*dialogare*" con i giudici europei, la Consulta non ha ribadito la propria sostanziale tolleranza nei confronti di disposizioni penali caratterizzate da vocaboli polisensibili, clausole generali e concetti elastici; affermare *apertis verbis* una simile posizione, avrebbe notevolmente depotenziato l'evocazione del principio di cui all'art. 25, co. II° Cost. come controlimite al *dictum* della sentenza Taricco.

4. Le (probabili) ragioni alla base della difficoltà di giustiziare il principio di legalità penalistico

In ordine alla "*sfortuna*" del principio di cui all'art. 25, co. II. Cost. quale parametro di costituzionalità atto ad imporre al Legislatore una costruzione della normativa penalistica il più possibile tassativa, si possono esprimere, com'è ovvio, osservazioni di vario ordine: da un lato, può puramente e semplicemente stigmatizzarsi il *self-restraint* della Corte

costituzionale nell'opera di implementazione della sopra richiamata disposizione¹⁷; d'altro canto, appare più opportuno, in questa sede, evocare le plurime ed annose difficoltà correlate all'opera di garanzia d'un diritto penale determinato e tassativo.

Infine, come si sosterrà *infra*, pare consigliabile ipotizzare un mutamento di prospettiva nell'ambito del presente discorso, provando a intraprendere percorsi complementari a quelli tradizionalmente percorsi dagli studiosi che si sono occupati del principio di legalità penalistico.

5. La necessità di un solido strumentario concettuale mediante il quale stabilire quando una fattispecie penale sia illegittimamente indeterminata

Si è rilevato *supra* che la Corte costituzionale, *de facto*, autorizza il Legislatore ad emanare disposizioni penali caratterizzate da un margine di imprecisione più o meno ampio.

Occorre comprendere in cosa esattamente consista il tasso di indefinitezza in oggetto, per quale motivo esso possa dirsi costituzionalmente accettabile e a quali specifiche condizioni lo si debba tollerare.

A tal scopo, appare indispensabile richiamare la distinzione fra elementi di fattispecie definiti “*vagamente*”, “*ambiguamente*” e “*genericamente*”.

¹⁷ Invero, l'estrema prudenza manifestata dalla Corte costituzionale italiana in ordine alla definizione delle condizioni di giustiziabilità del principio di legalità di cui all'art. 25, co. II°, Cost. può essere anche intesa come un atteggiamento di *self-restraint*, pienamente legittimo per un organo la cui delegittimazione democratica è soltanto parziale ed indiretta. Sul punto, per quanto concerne la dottrina italiana, si rinvia a A. RUGGERI, *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione 'giurisprudenziale' conseguenziale)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, p. 717, secondo il quale il principio dell'integrità e continuità dell'ordinamento “*impone, e non già autorizza, di mantenere in vita leggi (e fonti in genere), la cui eventuale caducazione produrrebbe un costo comunque insopportabile per il regime democratico*”; in ordine a tali osservazioni, si ritornerò più diffusamente *infra*. Nella presente sede appare opportuno rinviare anche alla dottrina statunitense, ed in particolare a R. MCCARL, *Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court's "Void-for-Vagueness" Doctrine*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2014, p. 73; secondo MCCARL, il compito di formulare le più radicali questioni di legittimità in ordine alla determinatezza dei precetti penali spetta istituzionalmente solo all'Accademia; siffatta conclusione si basa sulla semplice considerazione che il lavoro delle Corti è quello di “*decidere*”; ciò imporrebbe alla magistratura di procedere quanto più possibile ad un'opera di precisazione – seppur artificiale – delle leggi vigenti, trattenendosi dall'espungerle dall'ordinamento giuridico vigente con leggerezza.

Chi scrive, infatti, ritiene che non possa affrontarsi un discorso sulla possibilità d'una legittimità della parziale indeterminatezza di una disposizione penale *on the books* senza dotarsi di siffatto strumentario concettuale.

D'altra parte, non sono soltanto la linguistica e la filosofia ad insegnare che non esiste una sola tipologia di “*indeterminatezza*”¹⁸: è la stessa Corte costituzionale a sembrarne avvertita allorquando distingue fra fattispecie “*ambigue*”¹⁹ – delle quali possano darsi plurime letture – e fattispecie caratterizzate da elementi di tipo “*vago*” o “*generale*”²⁰.

È quanto mai lecito ritenere, dunque, che ciascuna delle categorie linguistiche richiamate abbia uno specifico rilievo rispetto alla problematica delle condizioni di giustiziabilità del principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost.: approfondire i corollari giuridici di simili concetti extra-legali, pertanto, appare un'operazione necessaria nell'ambito di una trattazione concernente le condizioni di prevedibilità dell'interpretazione della *criminal law* volta ad approfondire la correlata tematica della sufficiente precisione dei precetti penali.

In più, giova sin d'ora premettere che allo strumentario concettuale del quale si discorrerà nei seguenti paragrafi fa riferimento la dottrina statunitense che si è occupata della *void-for-vagueness doctrine*, ossia di una teorica la cui disamina, nel prosieguo, sarà necessaria per capire i limiti e le potenzialità del nostrano principio di legalità penale.

5.1 Il concetto di ambiguità

Può dirsi “*ambigua*” un'espressione suscettibile d'essere interpretata in due o più modi²¹.

¹⁸ Così, *ex plurimis*, ID., *ibidem*, p. 82.

¹⁹ Il Giudice delle leggi sembra autorizzare il Legislatore ad emanare disposizioni penali ambigue allorquando afferma che una fattispecie di reato possa legittimamente essere formulata mediante “*vocaboli polisensì*”.

²⁰ La Consulta, infatti, come s'è visto in precedenza, autorizza il Legislatore a formulare le fattispecie incriminatrici servendosi di “*espressioni sommarie [...] ovvero [...] di clausole generali o concetti elastici*”.

²¹ Sul punto, è opportuno rimandare anche a L.M. SOLAN, *Law, Language and Lenity*, in *William & Mary Law Review*, 1998, p. 62: per SOLAN, una disposizione penale è ambigua, in senso stretto, ove ricorrano le seguenti condizioni: a) essa deve dire P; b) P può alternativamente intendersi come a o b; c) è fuori discussione che l'imputato abbia commesso il fatto a. L'autore esemplifica il concetto di ambiguità mediante la frase “*flying planes can be dangerous*”, la quale può essere interpretata: 1) nel senso che volare a bordo di un aeroplano sia pericoloso; 2) nel senso che gli aerei in quota siano pericolosi; SOLAN rileva che la conoscenza della struttura morfo-sintattica della frase di cui sopra, in sé, sia insufficiente perché alla stessa possa essere attribuito un unico significato, dovendosi guardare

L'ambiguità può essere tanto semantica quanto sintattica:

- a) Ambigua semanticamente è un'espressione composta da parole alle quali possa attribuirsi una pluralità di significati.

Detta ambiguità può configurarsi come un'omonimia o una polisemia.

Nella prima ipotesi, la parola adottata dal soggetto parlante presenta più significati fra i quali non v'è alcuna connessione; in caso di polisemia, invece, i significati attribuibili ad un termine appartengono ad aree semantiche omogenee, e concernono oggetti che presentano elementi in comune.

L'indeterminatezza di un'espressione semanticamente ambigua può essere sciolta guardando al contesto entro il quale la stessa è inserita.

- b) Si ha ambiguità sintattica ove la strutturazione del discorso entro il quale è inserita un'espressione impedisce di coglierne l'esatto significato; in tali casi, i linguisti parlano anche di "*anfibologia*".

5.2 Il concetto di vaghezza

Secondo i linguisti, "*vago*" è qualsivoglia concetto in riferimento al quale possono ricondursi casi "*border-line*"²².

Aggettivi deputati a designare le dimensioni di un oggetto quali "*alto*" e "*largo*", ad esempio, sono concetti inevitabilmente vaghi, in quanto non è possibile stabilire con certezza quando sono qualcosa presenti siffatte caratteristiche.

Altrettanto può dirsi in riferimento a concetti quali "*rosso*" e "*giallo*", considerata l'infinità delle gradazioni cromatiche che possono intercorrere fra di un colore ed un altro.

Per quanto possa suonare controintuitivo, anche un lemma quale "*montagna*", secondo la linguistica, può dirsi vago, ove manchi un parametro convenzionale in base al quale possa dirsi oltre quale altezza un rilievo cessi di essere una semplice collina.

al contesto entro il quale essa è pronunciata; qualora anche siffatta operazione non fosse risolutiva, "*because [the context] is insufficiently robust*", dovrà rilevarsi un parziale fallimento nell'atto comunicativo oggetto d'interpretazione. Per un'altra definizione di "ambiguità", si rimanda a J. WALDRON, *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, in *Cal. Law Review*, 1994, p. 512: per WALDRON, un'espressione X è ambigua ove vi siano due predicati P e Q che sembrano rimandare esattamente ad X, ma che si applicano a differenti classi di oggetti.

²² Sul concetto di "*vaghezza*", così come evocato e descritto nella presente sede, si rimanda a K. VAN DEEMTER, *Not Exactly in Praise of Vagueness*, 2010

Non dovrebbe stupire che idee quali quella di “ragionevolezza” appaiano parimenti caratterizzate dalla peculiare tipologia di indeterminatezza qui richiamata: una discreta esperienza in campo forense, ad esempio, insegna che non sempre è possibile individuare *a priori* oltre quale soglia un dubbio inerente la ricostruzione di un fatto non possa più dirsi ragionevole –*id est* rilevante ai fini e per gli effetti dell’art. 533 del codice di procedura penale – e debba predicarsene la mera possibilità.

Venendo a distinzioni più sottili, appare utile richiamare la distinzione operata da SORENSEN tra i casi-limite classificabili come “*assolutamente border-line*” e quelli etichettabili come “*relativamente border-line*”.

Nel primo dei predetti insiemi, in particolare, ricadrebbero le ipotesi “*estreme*” in relazione alle quali “*no possible method of inquiry could ‘settle’ the question*”²³: la nostra incapacità di attribuire un’adeguata classificazione a simili fattispecie, a parere dell’Autore, non sarebbe dovuta alla nostra ignoranza delle cose, né dipende da nostri particolari *deficit* cognitivi; la difficoltà di stabilire univocamente se un *border-line case* sia riconducibile o meno ad una categoria, infatti, discenderebbe esclusivamente dall’intrinseca indeterminatezza di quest’ultima²⁴.

Al fine di rendere maggiormente completo il quadro offerto in ordine alla tematica in oggetto, appare opportuno rilevare che i problemi connessi alla vaghezza di un enunciato possono sostanziarsi tanto nella difficoltà di “*individuare*” correttamente l’oggetto, tanto nella difficoltà di attribuire allo stesso una valida “*classificazione*”²⁵.

In particolare, si configura un’ipotesi di “*vagueness of individuation*” allorquando appaia difficile operare un’adeguata delimitazione di una qualsivoglia entità pensabile: si pensi, a titolo d’esempio, alla nozione di “*ingente quantità di materiale pedopornografico*”, incorporata nel disposto della circostanza aggravante speciale del reato di “*detenzione di materiale pedopornografico*” previsto dall’articolo 600 *quater* del codice penale; trattasi di una nozione caratterizzata da un tasso di vaghezza talmente elevato che la Corte di cassazione è giunta a ritenerla integrata in ordine al possesso di “*un numero molto grande, rilevante o consistente di immagini pedopornografiche*”: com’è evidente, i giudici di

²³ Così ID., *ibidem*.

²⁴ Così ID., *ibidem*.

²⁵ Così R. MCCARL, *Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s “Void-for-Vagueness*, p. 84

legittimità hanno provato a chiarificare la categoria di “*ingente quantità*” servendosi di una definizione meramente tautologica²⁶.

Si configura un’ipotesi di “*vagueness of classification*”, invece, allorquando sia difficile ricondurre a differenti classi di oggetti *phenomena* tra loro simili, tra i quali è possibile rilevare una sorta di “*continuità*” dovuta alle caratteristiche che essi hanno in comune: la difficoltà in parola discenderebbe dalla circostanza che il linguaggio, per funzionare, deve necessariamente “*spezzare*” la predetta continuità; in caso contrario, le parole sarebbero inidonee a svolgere la propria funzione “*discretiva*”²⁷.

La “*vagueness of classification*” può essere tanto “*quantitativa*” (“*vagueness of degree*”) – nei casi in cui sia difficile stabilire una “*soglia*” fra due classi di oggetti che si differenziano tra loro esclusivamente in relazione al gradiente di un elemento comune (si pensi ai concetti di giallo ed arancione)²⁸ – che “*qualitativa*” (o “*combinatoria*”); quest’ultima ipotesi ricorre nei casi in cui non sia chiaro quali siano le condizioni necessarie e sufficienti perché un *border-line* case possa essere ricondotto ad una specifica categoria²⁹.

In diritto penale, la “*vagueness of classification*”, di tipo combinatorio, ricorre soprattutto nei casi in cui le disposizioni incriminatrici espressamente consentono all’interprete di procedere ad interpretazioni di carattere analogico: di solito, in tali ipotesi, il Legislatore prevede a titolo esemplificativo un elemento di fattispecie, e consente al giudice di applicare la norma rispetto a vicende che presentino un elemento analogo; pare opportuno fare riferimento, a titolo esemplificativo, al reato di disastro innominato; la fattispecie di cui all’art. 434 c.p. prevede che sia punito con la pena della reclusione da uno a cinque anni chiunque commette un fatto diretto a cagionare il crollo di una costruzione o di una parte di essa, “*ovvero un altro disastro*”.

²⁶ Così, *ex plurimis*, Cass. pen, Sez. III, n. 17211/2011.

²⁷ Così R. MCCARL, *Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s “Void-for-Vagueness*, p. 84: “*Vagueness of classification, which is widespread in law, relates to the fact that the continuous phenomena challenge the discrete terms of our language*” / “*La vaghezza della classificazione, che è diffusa endemicamente in un ordinamento normativo, concerne il fatto che fenomeni in relazione ai quali può predicarsi una continuità mettono alla prova i termini atti a discernere propri del nostro linguaggio*” (traduzione a cura di chi scrive).

²⁸ Così ID., *ivi*: “*Quantitative classificatory vagueness relates to line-drawing problems*” / “*I problemi di vaghezza quantitative riguardano le problematiche afferenti alla necessità di tracciare un confine fra due categorie*” (traduzione a cura di chi scrive).

²⁹ L’ipotesi di *vagueness* in parola è molto simile, a ben guardare, alla “*vagueness of individuation*” della quale s’è detto *supra*.

5.3 Il concetto di genericità

Generico è il concetto che racchiude, entro il proprio campo semantico, delle sotto-categorie maggiormente specifiche.

“*Essere vivente*” è espressione maggiormente generica rispetto a “*vegetale*”; a sua volta “*vegetale*” è lemma più generico di “*quercia*”.

Come sottolineato da MCCARL, un maggior tasso di genericità in una comunicazione comporta dei fisiologici *trade-off* informativi³⁰, posto che in riferimento alle locuzioni caratterizzate da tale tipologia di indeterminatezza possono porsi problemi di ordine sussuntivo di non poco momento: un feto capace di autonoma vitalità ma non ancora distaccatosi dal grembo materno, ad esempio, può essere ricondotto alla categoria di “*uomo*”?³¹

I predetti *trade-off*, tuttavia, appaiono controbilanciati dalla maggiore inclusività semantica che contraddistingue le espressioni generiche: sul punto, persino un formalista come SCALIA – ex giudice della Corte suprema degli Stati Uniti d’America ed esponente tra i più noti della corrente dottrinale statunitense del *textualism*, della quale si dirà più diffusamente *infra* – ha affermato che conferire al giudice un certo margine di discrezionalità, deputandolo ad applicare leggi non troppo specifiche, presenti dei vantaggi; nell’ottica del predetto *Justice*, le leggi – a meno che non siano mere leggi-provvedimento – devono essere il più generali possibile; generalizzazioni normative poco ampie, infatti, rischiano di risultare dannose sotto un profilo eminentemente pratico, in quanto inidonee ad adattarsi alla molteplicità di casi suscettibili di verificarsi in concreto; per SCALIA, dunque, le Corti possono esercitare correttamente il proprio ruolo – che è quello di dirimere le controversie sottoposte al loro

³⁰ Così R. MCCARL, *Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s “Void-for-Vagueness” Doctrine*, p. 83

³¹ La domanda, come si vedrà meglio *infra*, ha una notevole rilevanza in campo giuridico: dalla risposta a siffatto interrogativo dipende la possibilità di ritenere integrate le diverse fattispecie di omicidio (doloso, colposo e preterintenzionale) in relazione all’eliminazione di un feto capace di autonoma vitalità ma non ancora separato dal grembo materno.

esame – esclusivamente ove essi siano “*unconstrained by such imperfect generalization*”³², ossia “*libere da simili imperfette generalizzazioni*”³³.

6. Costi e vantaggi dell’innesto di elementi “*indeterminati*” nella costruzione delle disposizioni penali

In campo giuridico, appaiono molteplici i vantaggi ed i costi correlabili all’adozione di espressioni linguistiche *lato sensu* imprecise: appare opportuno procedere alla disamina degli specifici *pro* e *contra* correlabili a ciascuna delle tipologie di indeterminatezza sopra richiamate.

- a) L’ambiguità di un disposto penale, *prima facie*, sembra comportare esclusivamente costi. Essa, in primo luogo, pare rappresentare un fallimento comunicativo del Legislatore, il quale, legiferando ambiguamente, si manifesta incapace di veicolare messaggi normativi univoci, finendo per compromettere, dunque, la certezza del diritto.

La possibilità di attribuire più significati ad una disposizione, inoltre, impone inevitabilmente all’interprete di procedere ad operazioni ermeneutiche più o meno complesse, il cui *output* può risultare imprevedibile per i consociati.

Tuttavia, va detto che anche il costo di una legislazione penale scevra da ogni ambiguità appare di non poco rilievo: il nomoteta, al fine di essere assolutamente puntuale nella propria attività decisionale, finirebbe per legiferare “*casisticamente*”, la qual cosa appesantirebbe non poco il processo legislativo.

- b) La vaghezza di una disposizione normativa sembra comportare, in prima battuta, l’appalto al giudice dell’esercizio di un vero e proprio potere normativo, ancor più di quanto sembra accadere in riferimento a disposti legali ambigui.

Consentire alla magistratura, ad esempio, di stabilire quando una violenza sessuale possa dirsi “*di minore gravità*” presuppone che il Legislatore abbia rinunciato a compiere un’autonoma opera definitoria: conseguentemente, ogni innesto di elementi vaghi entro una disposizione penale comporta un inevitabile sacrificio in termini di separazione dei poteri, nonché una maggiore imprevedibilità delle relative interpretazioni in sede giudiziaria.

³² A. SCALIA, *The Rule of Law as a Law of Rules*, The University of Chicago Law Review, 1989, p. 1177

³³ Traduzione a cura di chi scrive.

Inoltre, mentre ad un'espressione ambigua può essere comunque attribuito un solo significato alla luce di un procedimento ermeneutico "*controllabile*" – e dunque sulla base di un processo *lato sensu* cognitivo – un enunciato vago, in molte ipotesi, può essere riempito di contenuto soltanto sulla base di valutazioni arbitrarie, e dunque in virtù di meri "*atti di volontà*", con il correlato sacrificio delle istanze sottese ai principi di certezza del diritto e di *fair notice* in materia di delitti e pene.

Tuttavia, le tecniche normative astrattamente idonee a prevenire le molteplici ipotesi di vaghezza del dettato legislativo paiono presentare i costi normalmente correlabili alle forme di legiferazione teoricamente atte a ridurre il più possibile i margini di ambiguità dell'ordinamento penale.

- c) In riferimento alla genericità delle disposizioni normative, possono formularsi considerazioni analoghe a quelle sinora effettuate in ordine ai *pro* e ai *contra* della vaghezza e dell'ambiguità delle disposizioni penali: va detto, oltretutto, che una legislazione molto "*specificata*", per quanto si presenti più conforme al principio di determinatezza sancito ex art. 25, co. II°, Cost. rispetto ad una legislazione "*generica*", va comunque considerata inadatta ad adattarsi facilmente *ex se* ai mutamenti della realtà, accrescendo il rischio di forzature ermeneutiche da parte dei soggetti deputati al *law enforcement*.

A destare maggiori preoccupazioni, in campo giuspenalistico, sembrano essere soprattutto la "*vaghezza*" e la "*genericità*" che possono caratterizzare le disposizioni incriminatrici: può affermarsi ciò con relativa sicurezza considerando che – come s'è detto nel paragrafo precedente – all'"*ambiguità*" di una figura di reato può porsi rimedio (quantomeno idealmente) mediante processi ermeneutici in qualche misura "*controllabili*", condotti in ossequio a direttive esegetiche la cui adozione consenta di selezionare uno dei possibili significati astrattamente attribuibili alla fattispecie penale formulata ambiguamente³⁴.

In ogni caso, per comodità espositiva, da qui innanzi ci si riferirà alla "*vaghezza*" ed alla "*genericità*" – ma anche all'"*ambiguità*" – delle disposizioni incriminatrici adoperando esclusivamente il termine "*vaghezza*", come contraltare ideale rispetto all'idea di "*determinatezza*", "*tassatività*" e "*precisione*" delle fattispecie di reato.

³⁴ Quest'idea – sposata, come s'è detto *supra*, dalla Corte costituzionale italiana – deve essere assunta solo come una preliminare ipotesi di partenza destinata ad essere sottoposta a debita falsificazione nel prosieguo della presente trattazione, ed in particolare nel successivo capitolo.

7. I corollari della difficoltà di stabilire *ex ante* un catalogo di “*casi limite*” rispetto alla definizione del perimetro applicativo di una fattispecie penale

Autorevole dottrina ha affermato che lo stesso concetto di vaghezza sia in sé un’idea ineluttabilmente vaga: i casi *border-line*, infatti, sarebbero indeterminabili *a priori* per qualunque parlante, e da ciò discenderebbe l’impossibilità di stabilire *ex ante* se un certo novero di “*ipotesi limite*” possa dirsi completo³⁵.

Alla luce di tutto quanto sin qui detto, la “*vaghezza*” non può che essere considerata qualcosa di potenzialmente sfuggente, insuscettibile com’è d’essere sempre rilevata con sicurezza in concreto.

Ne consegue l’estrema difficoltà di comprendere con esattezza in cosa consista il tasso di indeterminatezza delle disposizioni incriminatrici che la Corte costituzionale sembra tollerare in molte delle occasioni in cui essa dichiarata infondate le questioni di legittimità costituzionali sollevate dai giudici comuni in riferimento all’art. 25, co. II°, Cost.: non stupisce, pertanto, che la Consulta non abbia giustiziato quasi mai il principio espresso nel predetto articolo.

Maggiore fortuna, quantomeno in apparenza, sembra aver conosciuto la *void-for-vagueness doctrine*, ossia il “*gemello statunitense*” dei principi di determinatezza e tassatività dei precetti penali.

8. La *void-for-vagueness doctrine* e la difficoltà di procedere alla sua implementazione legata alla *vagueness* del concetto di *vagueness*

La cosiddetta *void-for-vagueness doctrine* – quantomeno nella sua formula tradizionale, di frequente richiamata dalla *Supreme Court* statunitense³⁶ – prevede che ogni legge penale

³⁵ “*The concept of vagueness [is] itself vague, as borderline cases have borderline cases, a phenomenon called ‘higher-order vagueness’*” / “*Il concetto di vaghezza è in sé vago, posto al finaco di casi-limite possono individuarsi altri casi-limite, un fenomeno denominato ‘vaghezza di ordine superiore’*” (traduzione a cura di chi scrive) (così R. MCCARL, *Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court’s “Void-for-Vagueness*, p. 83). Sul punto, si veda anche R. SORENSEN, *Vagueness, The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta ed., 2010.

³⁶ Sul punto, si rinvia a A. AMSTERDAM, *The Void-For-Vagueness in The Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1960, p. 67.

(“*penal statute*”) definisca le fattispecie di reato dallo stesso previste (“*offences*”) con sufficiente determinatezza (“*sufficient definiteness*”), di modo da consentire alle persone comuni (“*ordinary people*”) di poter comprendere *ex ante*³⁷ con esattezza quali condotte siano loro proibite, in una maniera che non permetta un *enforcement* arbitrario e discriminatorio (“*arbitrary and discriminatory enforcement*”)³⁸.

Com'è evidente, la *doctrine* in oggetto pone l'accento su due peculiari interessi.

In primo luogo, nella giurisprudenza della *Supreme Court*, allorquando deve stabilirsi se invalidare o meno una disposizione incriminatrice alla luce della *void-for-vagueness doctrine*, si muove dalla necessità di accordare una “*fair notice*” ai consociati in ordine alla materia dei delitti e delle pene.

In *Connally v. General Construction Co.*, ad esempio, il giudice SUTHERLAND ha affermato che uno *statute* volto a proibire una condotta in termini talmente vaghi (“*in terms so vague*”) che un uomo di comune intelligenza debba necessariamente fare una scommessa in ordine al suo significato (“*must necessarily guess at its meaning*”) non possa che violare il diritto fondamentale ad un “*due process of law*”³⁹.

In secondo luogo, per i giudici statunitensi la *void-for-vagueness doctrine* è deputata a prevenire anche – se non soprattutto – un'implementazione arbitraria – e dunque abusiva – della legge penale⁴⁰.

³⁷ La *void for vagueness doctrine* – al pari di quanto disposto dall'art. 25, co. II°, Cost. – è ispirata dall'esigenza che la *criminal law* non venga applicata *ex post facto*, ossia in violazione della cosiddetta “*ex post facto prohibition*”: sul punto P.H. ROBINSON, *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2010, p. 348.

³⁸ Così la *Supreme Court* statunitense, *ex plurimis*, in *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 357 (1983)

³⁹ Così la *Supreme Court* statunitense in *Connally v. General Construction co.*, 269 U.S. 385, 391 (1926). Invero, nella dottrina americana non manca chi sostiene che nessun *penal statute* sia mai stato dichiarato invalido sulla base della sua inidoneità a fornire una *fair notice* in ordine alle condotte dallo stesso proibite – sul punto P.W. LOW in *Changing the Vocabulary of the Vagueness Doctrine*, in *Virginia Law Review*, 2015, p. 2055, secondo il quale, ad oggi, nessuna disposizione incriminatrice è stata oggetto di una declaratoria di incostituzionalità da parte della Corte suprema statunitense “*because socialization notice was lacking*”, ossia perché inidonea a veicolare efficacemente alla cittadinanza informazioni fruibili in ordine ai delitti e alle pene.

⁴⁰ Così la Suprema Corte statunitense in *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104, 110 (1972): “*A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an ad hoc and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application*” / “Una legge vaga delega inammissibilmente questioni attinenti alle policies del Legislatore a poliziotti, giudici e giurie, dando vita a soluzioni ad hoc, su basi soggettive, con il pericolo di un'applicazione discriminatoria e arbitraria” (traduzione a cura di chi scrive). Sul

In *Smith v. Goguen*, ad esempio, la *Supreme Court* ha affermato che l'aspetto più importante della *doctrine* in oggetto non sia la garanzia che i consociati effettivamente apprendano i contenuti delle disposizioni incriminatrici, ma l'obbligo per il Legislatore di stabilire minime *guidelines* per governare il *law enforcement*⁴¹.

tema, preme segnalare il caso paradigmatico *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156, 162 (1972), inerente la declaratoria di illegittimità per violazione della *void for vagueness doctrine* di una normativa sanzionatoria volta a prevenire condotte di vagabondaggio – normativa in virtù della quale i poliziotti della città di Jacksonville procedevano prevalentemente all'arresto di coppie “*miste*” (“*interracial*”) ritenendo che le stesse, per il solo fatto di tenere condotte innocue come passeggiare per la città la sera tardi, tenessero la vietata condotta di “*bighellonaggio*” (“*disorderly loitering on street*”).

⁴¹ La *Supreme Court* statunitense si è addirittura spinta ad affermare che “*the more important aspect of the vagueness doctrine is not actual notice, but the other principal element of the doctrine – the requirement that a legislature establish minimal guidelines to govern law enforcement*” / “L'aspetto più importante della *vagueness doctrine* non è la conoscenza reale che essa può garantire ai cittadini del contenuto della legge, bensì l'altro principale elemento della teorica in questione, ossia l'obbligo in capo al Legislatore di stabilire *guidelines* minime per governare il *law enforcement*” (traduzione a cura di chi scrive) – così in *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566, 574 (1974). Gran parte della dottrina statunitense concorda con tale assunto, ritenendo che la principale funzione della *doctrine* in parola non sia quella di imporre al Legislatore una particolare costruzione delle singole disposizioni incriminatrici, massimamente improntata ai canoni di precisione e determinatezza, bensì quella di assicurare uno specifico ordine sociale, notevolmente da quello suscettibile di concretizzazione ove si respingesse la teorica *de qua*; in tal senso R.C. POST in *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, in *California Law Review*, 1994, p. 491; secondo il predetto Autore, la *vagueness doctrine* non è impiegata dalle corti statunitensi al fine di giustiziare l'indeterminatezza di *statutes* penali vaghi o ambigui in sé, ma sarebbe più frequentemente impiegata dai giudici per verificare quale sia la corretta misura del “*controllo statale*” in ordine ai diversi ambiti dell'agire umano, alla luce degli interessi destinati a venire in rilievo in siffatti contesti; in particolare, a giudizio di POST una legislazione penale eccessivamente lasca, ossia caratterizzata dal riferimento a *standards* troppo indeterminati, può portare ad un *enforcement* del diritto penale idoneo a compromettere l'esercizio di diritti e libertà essenziali, e ciò soprattutto quando la prima valutazione in ordine all'integrazione di una fattispecie penale viene demandata alle forze di polizia: l'Autore ammette che, implementando la *vagueness doctrine* secondo tali direttrici di giudizio, si rischia di precludere ai giudici un esame approfondito di questioni costituzionalistiche di grande rilevanza – soprattutto in ordine alla corretta misura del margine di discrezionalità attribuibile alle forze di polizia nell'attività di prevenzione e repressione dei crimini; tuttavia, POST ritiene che i costi connessi a siffatta – potenziale – preclusione siano più che compensati dalla possibilità di garantire un ordine sociale liberale agendo su di un terreno – la *criminal law* – meno scivoloso di quello più scivoloso del diritto costituzionale, anche alla luce della difficoltà dei giudici ad offrire una “*comprehensive and candid constitutional analyses of social relationships*”, ossia un'analisi di taglio costituzionalistico, globale e genuina, delle relazioni sociali. Sul fatto che una costruzione delle fattispecie penali il meno vaga possibile – dunque atta a garantire una *fair notice* in ordine ai comportamenti puniti dalla *criminal law* – assicuri la

La *void-for-vagueness doctrine*, a differenza del principio di determinatezza espresso dall'art. 25, co. II° della Costituzione italiana, è stata applicata in molteplici occasioni, ma il suo statuto applicativo risulta tuttora non poco deficitario.

Il perché di tale sorte è presto detto: appartiene anche alla coscienza giuridica anglosassone la convinzione secondo cui nessuna disposizione normativa può essere talmente puntuale da essere assolutamente priva di ogni profilo di ambiguità o di vaghezza, e dunque di indeterminatezza: anche nei paesi di *common law*, conseguentemente, è diffusa la difficoltà di stabilire con ragionevole certezza in quali casi la vaghezza di uno *statute* possa essere ritenuta eccessiva.

Il problema *de quo* – ancora irrisolto da parte della dottrina e della giurisprudenza statunitensi – può efficacemente riassumersi nelle parole di JEFFRIES, secondo il quale “*the difficulty is that there is no yardstick of impermissible indeterminacy [...] The inquiry is evaluative rather than mechanistic; it calls for a judgment concerning not merely the degree of indeterminacy, but also the acceptability of indeterminacy in particular context*”⁴².

Se la vaghezza è un carattere eventuale delle disposizioni normative la cui intollerabilità è talmente difficile da predicarsi in concreto, si rischia di dover ratificare quanto affermato da

libertà dei consociati, impedendo che gli stessi siano “*chilled*” (ossia “*intimoriti*”) dalla possibilità d’essere destinatari di una sanzione penale loro inflitta in relazione a condotte apparentemente non proibite, M.S. MOORE, *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, 1993, p. 240. Ritiene che sia eccessivamente sopravvalutata la funzione della *void for vagueness* di prevenire un *enforcement* arbitrario del diritto penale P.W. LOW in *Changing the Vocabulary of the Vagueness Doctrine*, p. 2053: il predetto Autore ammette che un aspetto fondamentale della teorica in parola sia quello di prevenire ogni implementazione arbitraria della *criminal law*; purtuttavia, LOW sostiene che ogni *criminal statute* sia suscettibile, in qualche misura, d’una qualche applicazione abusiva, e ciò in quanto la magistratura e le forze di polizia sono titolari di poteri sempre potenzialmente idonei ad essere utilizzati in tal guisa; il passo che bisognerebbe compiere in relazione alla problematica in parola, dunque, sarebbe quello di comprendere appieno in cosa realmente consista “*l’arbitrarietà nell’implementazione del diritto penale*”, elaborandone una concezione maggiormente raffinata (“*a better sense of what it is about arbitrariness [explained] in more accessible termes*”).

⁴² “*La difficoltà consiste nel fatto che non v’è alcuno ‘steccato’ che delimiti l’indeterminatezza ammissibile da quella inammissibile [...] La valutazione da compiersi è più valutativa che meccanicistica, e impone un giudizio che non riguardi solo il grado di indeterminatezza, ma anche l’acceptabilità dell’indeterminatezza in particolari contesti*” (traduzione a cura di chi scrive). Così J.C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes*, in *Vanderbilt Law Review*, 1985, p. 196. Per una riflessione sulla *void for vagueness* volta a proporre una complessiva rimediazione, si rinvia a C.D. LOCKWOOD, *Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void for Vagueness Doctrine*, in *Cardozo Public Law, Policy & Ethics*, 2010, p. 255.

un altro Autore statunitense dedito alla problematica in oggetto, DECKER, secondo il quale “*vagueness is a concept that appears heavily dependent on the ‘I know it when I see it’ test*”⁴³.

9. L’indeterminatezza del principio di indeterminatezza del diritto penale: un dato da acquisire per evitare letture anguste della problematica della rara giustiziabilità del principio di cui all’art. 25, co. II, Cost.

Alla luce di tutto quel che è stato detto sino ad ora, non è facile negare che il principio di determinatezza sancito dall’art. 25, co. II° Cost. sconti un tasso di vaghezza analogo a quello delle regole indeterminate che pure sarebbe astrattamente deputato a “*invalidare*”; è appena il caso di rammentare, d’altronde, che – come affermato da autorevole dottrina – la Consulta ha fallito nel definire uno statuto applicativo scevro di aporie anche riferimento al principio di legalità sostanziale amministrativistica⁴⁴.

L’“*ambiguità del concetto di ambiguità*”, d’altronde, è un dato sul quale anche la dottrina e la giurisprudenza statunitensi hanno riflettuto a lungo, e non soltanto su di un piano puramente speculativo, bensì affrontando anche questioni di rilevante carattere tecnico-operativo⁴⁵, talora decisive per gli stessi equilibri costituzionali, politici e sociali degli

⁴³ “*La vaghezza è un concetto che appare dipendere pesantemente dal test ‘Lo so quando lo vedo’*” (traduzione a cura di chi scrive); così J.F. DECKER, *Addressing Vagueness, Ambiguity and Other Uncertainty in American Criminal Law*, in *Denver University Law Review*, 2002, p. 243.

⁴⁴ Ritiene opportuno si chiarisca quale grado di specificità debbano avere le norme generali espresse dalla legge affinché si possa ritenere soddisfatto il principio di legalità amministrativa in senso sostanziale S. PARISI in *Dimenticare l’obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sentenza n. 115/2011*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*; per ulteriori spunti in ordine ai profili di giustiziabilità dell’anzidetto principio si rinvia anche a P. CERBO, *Principio di legalità e “nuove ed inedite” fattispecie di illecito create dai sindaci*, ivi e M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e le scorciatoie della Corte – Osservazioni a prima lettura alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115*, ivi.

⁴⁵ Per un’interessantissima indagine empirica in ordine alla diversa percezione che più soggetti possono avere del tasso di ambiguità d’una medesima disposizione legislativa, si rinvia al lavoro di D.F. GUZIOR, *Ambiguity About Ambiguity: An Empirical Inquiry into Legal Interpretation*, in *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 2009, p. 1: all’esito dell’indagine *de qua*, GUZIOR rileva che laddove un individuo sia richiesto di giudicare se una disposizione sia ambigua o meno, questi offrirà risposte fortemente dipendenti (“*biased*”) dalle sue preferenze politiche; l’Autore, pertanto, è giunto alla conclusione che “*ambiguity is itself ambiguous and that different ways of inquiring about it produce different answers*” / “*il concetto di ambiguità è esso*

U.S.A.: si intende qui fare riferimento non soltanto al difficile lavoro di implementazione della summenzionata *vagueness doctrine*, ma anche a quello della *non delegation doctrine*⁴⁶ e della cosiddetta *Chevron deference doctrine*⁴⁷; trattasi di teoriche la cui difficile concreta

stesso ambiguo, e differenti strategie di analisi in merito possono condurre a risposte differenti” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive); per ulteriori approfondimenti, si rimanda anche a A.M. SAMAHA, *Randomization in Adjudication*, 2009.

⁴⁶ La *non-delegation doctrine* – teorica coniata dalla Corte suprema degli Stati Uniti – prevede che l’autorità parlamentare (nel caso degli U.S.A., il Congresso) sia tenuta a legiferare con un certo grado di chiarezza (“*with some clarity*”), elaborando principi intelligibili (“*intelligible principle*”) per guidare e limitare l’azione delle *agencies* (“*to guide and limit agency action*”), di modo che l’attività legislativa non sia *de facto* delegata ai soggetti pubblici deputati all’implementazione della normativa di rango primario (per un’esposizione dei fondamenti della teorica in oggetto, si rimanda a C.R. SUNSTEIN, *Nondelegation Canons*, in *Chicago Working Paper in Law & Economics*, 1999, p. 3 e ss). La maggiore difficoltà avvertita dai giuristi d’oltreoceano nell’implementazione della *doctrine* in parola consiste nella particolare problematicità dell’opera di definizione del tasso di chiarezza destinato a caratterizzare la normativa primaria affinché l’applicazione della stessa da parte del potere esecutivo non rappresenti un’opera di creazione del diritto; in nome della difficoltà *de qua*, autorevoli giuristi come LLEWELLYN si sono spinti ad affermare che la *non-delegation doctrine* sia ormai morta, e che rappresenti, tutt’al più, un argomento retorico (“*a bit of rethoric*”), considerata la peculiare misura in cui, sino ad oggi, la legislazione statunitense ha delegato alle agenzie amministrative il compito di assumere liberamente decisioni molto sensibili sotto un profilo strettamente politico entro ambiti rilevanti (sul punto, è appena il caso di rimandare a D.S. SCHOENBROD, *Power Without Responsibility*, 1995). La *non-delegation doctrine*, a ben guardare, può ben essere assimilata al principio di legalità previsto dall’ordinamento giuridico italiano in ambito amministrativo – anch’esso un principio che, al pari del suo omologo penalistico, presenta profili di difficile giustiziabilità correlati alla problematicità dell’opera di determinazione del livello di genericità della normativa di rango primario costituzionalmente tollerabile.

⁴⁷ La cosiddetta *Chevron deference doctrine* costituisce una teorica – elaborata dalla Corte suprema statunitense nel caso *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council*, 467 U.S. 837 (1984) – la cui regola di *default* prevede che l’autorità parlamentare (nel caso degli Stati Uniti, il Congresso) può delegare il compito di sciogliere le ambiguità caratterizzanti la normazione di rango primario alle *agencies*, ossia alle autorità amministrative, e ciò in quanto queste si trovano nella migliore posizione possibile per effettuare simili operazioni ermeneutiche, disponendo di tutti gli strumenti per comprendere qual è il miglior modo per implementare le *policies* delineate dalle autorità politiche – la qual cosa non è propria dell’apparato giurisdizionale. La *doctrine* in parola non prevede che la delega di cui sopra sia implicita o esplicita e – cosa ancor più importante – non presuppone che essa sia intenzionale o involontaria; la *Chevron rule*, infatti, si applica in ogni caso in cui la *statutory law* destinata ad essere implementata dall’amministrazione può dirsi ambigua, e dunque suscettibile di plurime letture. In virtù della teorica *de qua*, i giudici – nel decidere dei casi sottoposti al loro esame – sono tenuti a prestare ossequio alle esegesi effettuate dalle *agencies*. Sulla tematica *de qua*, appare opportuno rimandare a T.W. MERRILL E K.E. HICKERMAN, *Chevron’s Domain*, *Georgetown Law Review*, 2001, p. 861, ove si ritiene che “*one reason for preferring agency interpretations, which is alluded to by Chevron itself, is that agencies are more politically accountable than are courts*” / “*una*

implementabilità può fornire anche al giurista di formazione “*europea*” elementi utili al fine di meglio comprendere quali strade possa intraprendere la Corte costituzionale nostrana al fine di garantire al principio di legalità penale un accresciuto tasso di effettività, così da favorire la *foreseeability* e l'*accessibility* della *criminal law* garantita dall'art. 7, co. I° della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

10. La declaratoria d'incostituzionalità del reato di plagio ai sensi dell'art. 25, co. II°, c.p.: la necessità di leggere fra le righe di una sentenza che giustiziando il principio di determinatezza delle disposizioni penali, forse, parla anche d'altro

ragione per preferire l'interpretazione data dalle agencies, alla quale allude la stessa sentenza Chevron, è che le agencies sono politicamente più accountable delle corti” (traduzione a cura di chi scrive). La principale difficoltà correlata all'implementazione della *Chevron deference doctrine* consiste nella determinazione del suo reale campo applicativo: la problematicità di tale opera deriva dalla circostanza che è tutt'altro che semplice stabilire quando una normativa sia ambigua e quando no; la medesima disposizione, infatti, può essere intesa da taluni come univoca, e da altri come idonea ad essere interpretata in almeno due modi differenti; ciò dipende, in larga misura, dal *framework* ermeneutico con il quale ci si approccia alla legge, ed in assenza d'un comune e solido strumentario esegetico, è arduo stabilire quando e come le *agencies* possano pronunciarsi – con efficacia “*erga omnes*” – in ordine al senso ed alla portata della *statutory law* che esse sono chiamate ad implementare; per una disamina delle difficoltà correlate all'individuazione del tasso di ambiguità normativa presupposto per l'applicazione della *Chevron deference doctrine*, si rimanda a M.P. HEALY, *Spurious Interpretation Redux: Mead and the Shrinking Domain of Statutory Ambiguity*, in *Administrative Law Review*, 2002, p. 673; nell'articolo richiamato, si effettua una disamina della sentenza *United States vs. Mead corp.*, 533 U.S. 218 (2001), nella quale la Corte suprema statunitense limita l'ambito di applicazione della teorica di cui sopra affermando che è compito del giudice – e non dell'amministrazione – sciogliere le ambiguità normative di normative lo scopo del Legislatore sotteso alle quali sia evidente (“[when it's possibile to impute] a *clear intent to Congress*”). Stando a quanto affermato in seno ad un altro studio sul tema in oggetto – ci si riferisce a C.N. RASO e W.N. ESKRIDGE, *Chevron as a Canon, Not a Precedent: An Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deferences Cases*, in *Columbia Law Review*, 2010, p. 1727 – dall'esame della totalità della giurisprudenza della *Supreme Court* statunitense può ricavarsi che alle interpretazioni effettuate dalle *agencies* non è mai stato attribuito un valore analogo a quello dei precedenti giudiziali; i *Justices*, invece, negli anni si sarebbero limitati a prestare occasionalmente *deference* nei confronti delle esegesi effettuate in sede amministrativa muovendo da “*deeper judicial commitments*”, così finendo per considerare la *Chevron doctrine* non una sorta di omologo della *stare decisis doctrine*, bensì un *canon* di *statutory construction*, ossia un canone d'esegesi giudiziale, destinato ad essere applicato episodicamente, in un costante bilanciamento con istanze ermeneutiche di segno contrario; su tale osservazione dottrinale si ritornerà *infra*, allorquando si preciserà il rilievo che un'istanza di “*deferenza*” nei confronti del formante giurisprudenziale può avere nell'ambito della quotidiana attività giurisdizionale, anche negli ordinamenti giuridici di *civil law*.

Giunti a questo punto della presente trattazione, è giunta l'ora di “*tornare al punto di partenza*”, di modo tale da comprendere se siano praticabili strade alternative a quelle tradizionali per arrivare a giustiziare il principio di determinatezza del diritto penale.

Come s'è detto, il Giudice delle leggi italiano, sino ad oggi, ha dichiarato l'illegittimità di una fattispecie incriminatrice alla luce del predetto principio in una sola occasione: nel 1981, la Corte costituzionale ha ritenuto che la formulazione letterale dell'art. 603 del codice penale prevedesse un'ipotesi di delitto “*non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato*”, e dunque andasse bandita dall'ordinamento giuridico.

Quale specifica ipotesi di indeterminatezza è stata riscontrata dalla Consulta nel caso di specie per poter giustiziare il principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost.? La figura del “*plagio*” è stata ritenuta eccessivamente generica, insolubilmente ambigua oppure indebitamente vaga?

Per amor di chiarezza, è ancora una volta il caso di rammentare che ambigua è una disposizione in relazione alla quale è possibile procedere a più ordini di interpretazioni ($x, y, z...$); vaga, invece, è una legge della quale possa sì darsi un'interpretazione x , ma in riferimento alla quale sia impossibile riscontrare, in concreto, quando x effettivamente possa dirsi integrato; infine, generica è la disposizione formulata mediante il richiamo ad una classe di oggetti X alla quale sia difficile ricondurre gli specifici sub-oggetti $x, y, z...$

Considerate le categorie linguistiche *de quibus*, può dirsi con ragionevole sicurezza che la Consulta abbia ritenuto il cosiddetto “*plagio*” una figura di reato formulata in termini vaghi⁴⁸.

⁴⁸ Giova richiamare, sul punto, un brano chiave della sentenza qui richiamata: “*La formulazione letterale dell'art. 603 prevede pertanto un'ipotesi non verificabile nella sua effettuazione e nel suo risultato non essendo né individuabili né accertabili le attività che potrebbero concretamente esplicarsi per ridurre una persona in totale stato di soggezione, né come sarebbe oggettivamente qualificabile questo stato, la cui totalità, legislativamente dichiarata, non è mai stata giudizialmente accertata*”. Sottolinea come il merito della sentenza di cui trattasi sia stato quello mettere in risalto le valenze garantistiche della legalità penale puntualizzando che l'esigenza di tassatività non attiene soltanto alla dimensione semantica del fatto tipico, ma implica anche la sua verificabilità empirica G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cassazione Penale*, 2017, p. 13; mette in evidenza come la sentenza n. 96/1981 del Giudice delle leggi abbia a che fare prettamente con il problema della verificabilità delle condotte vietate dall'ordinamento giuridico G. UBERTIS, *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1192.

Ciò posto, usualmente si trascura di rammentare che la questione di legittimità costituzionale sollevata in ordine al delitto *de quo* faceva riferimento non ad uno, bensì a due parametri di costituzionalità, ossia al sopra citato principio di legalità in materia penale ed al principio di libertà della manifestazione del pensiero, consacrato nell'articolo 21 Cost.⁴⁹

Viene da chiedersi quali siano state le ragioni sottese all'evocazione da parte del giudice remittente di tale ultima norma costituzionale⁵⁰: la declaratoria di illegittimità effettivamente pronunciata dalla Consulta nella sentenza n. 96/1981, d'altronde, ha reso inutile ogni esame in ordine alle possibili frizioni tra l'art. 603 c.p. ed il diritto delle persone ad esprimere liberamente le proprie idee.

Invero, i giudici delle leggi, nel giustiziare il principio di cui all'art 25, co. II° Cost, sembrano aver giustiziato, in qualche modo, anche quello di cui all'art. 21.

Può desumersi la circostanza qui ricostruita evocando uno dei brani finali dell'arresto in parola: “[l]’esame dettagliato delle varie e contrastanti interpretazioni date all’art. 603 del codice penale nella dottrina e nella giurisprudenza mostra chiaramente l’imprecisione e l’indeterminatezza della norma, l’impossibilità di attribuire ad essa un contenuto oggettivo, coerente e razionale e pertanto l’assoluta arbitrarietà della sua concreta applicazione. Giustamente essa è stata paragonata ad una **mina vagante** nel nostro ordinamento, **potendo essere applicata a qualsiasi fatto che implichi dipendenza psichica di un essere umano da**

⁴⁹ Vale la pena riassumere integralmente il brano della sentenza della Corte costituzionale qui in esame che riassume le argomentazioni svolte dal giudice remittente in ordine all'incompatibilità dell'art. 603 c.p. con il principio di cui all'art. 21 Cost.: “Per quanto riguarda l’art. 21 Cost., ritiene il giudice a quo che la libertà di manifestazione del pensiero incontra un limite nell’interesse della integrità psichica della persona, solo in quanto si concretizzi in mezzo di pressione violenta o subdola, quali la minaccia o la frode; ciò stante, l’evento della soggezione psicologica di un soggetto ad altro soggetto, in quanto risultante dall’adesione ai modelli di comportamento da altri proposti, non può costituire illecito senza intaccare il diritto costituzionalmente protetto. Sarebbe, allora, indispensabile che le idee non vengano giudicate attraverso il filtro di una logica e di giudizi di valore propri dell’interprete, essendo ciò espressamente vietato dal richiamato art. 21 della Costituzione, sicché, ove si voglia accedere alla tesi che il contenuto della norma dell’art. 603 c.p. si risolva nella tutela della libertà morale, l’ambito della protezione dovrebbe essere circoscritto, in sede interpretativa, nelle dimensioni che ne consentano la compatibilità con l’art. 21 della Costituzione”.

⁵⁰ Ovviamente, le ragioni alle quali ci si riferisce non sono quelle di ordine puramente strategico che sovente animano l’azione degli operatori giuridici (“meglio sollevare una questione di legittimità costituzionale evocando quanti più parametri possibile”); ci si chiede, piuttosto, se vi fossero buone ragioni “tecniche” per dubitare della legittimità del reato di plagio ai sensi dell’art. 21 Cost..

un altro essere umano e mancando qualsiasi sicuro parametro per accertarne l'intensità" (grassetto nostro).

Il brano citato mette in evidenza uno dei dati più rilevanti che può riscontrarsi in ordine ad una disposizione incriminatrice formulata imprecisamente: un reato definito vagamente non è un illecito la cui integrazione *in rerum natura* è impossibile, ma, al contrario, rappresenta una fattispecie destinata ad essere fisiologicamente riscontrata in un numero eccessivo, potenzialmente illimitato di casi, tanto da poterglisi attribuire la qualifica di "*mina vagante*" che la Consulta ha attribuito al plagio.

Si profila, dunque, un'alternativa: può dirsi, in linea con la tradizionale *vulgata*, che l'articolo 603 del codice penale fosse poco determinato; a chi scrive, tuttavia, pare preferibile aggiungere che di tale articolo fosse intollerabile anche – se non soprattutto – l'inopportuna estensione del correlato perimetro applicativo⁵¹.

Tutto ciò posto, è plausibile ritenere che giustiziare la *vagueness* di una norma penale equivalga, spesso, a predicare l'indesiderabilità di un "*dispositivo punitivo*" caratterizzato da potenzialità applicative talmente ampie da mettere a rischio il sereno esercizio di diritti fondamentali.

⁵¹ Tale tesi risulta tutt'altro che peregrina sol che si pensi a quanto rilevato da A. PAGLIARO in *Sulla manipolazione mentale dei soggetti deboli*, *Cass. pen.*, 2012, p. 788, in cui si mette in evidenza che i tre maggiori penalisti che si sono occupati del reato di plagio – GIOVANNI MARIA FLICK, GIUSEPPE ZUCCALÀ e FRANCO COPPI – hanno ritenuto tale delitto una fattispecie sufficientemente determinata. Nell'articolo *de quo*, PAGLIARO osserva che per FLICK la fattispecie di cui all'art. 603 c.p. non poteva essere ritenuta troppo vaga, in quanto era comunque possibile "*una precisa ed esauriente ricostruzione del 'totale stato di soggezione' che rappresenta[va] l'evento del plagio*"; ZUCCALÀ riteneva che la fattispecie del plagio, se adeguatamente interpretata, rispondeva "*alle più essenziali esigenze di ogni ordinamento che voglia adeguatamente tutelare la libertà della persona umana*"; COPPI – in uno scritto successivo alla sentenza n. 96/1981 – rilevava che l'articolo 603 c.p. non soffriva di "*insuperabile vaghezza*", al punto che dottrina e giurisprudenza erano concordi "*nel ritenere che il reato si sarebbe consumato quando un individuo fosse riuscito ad imporre il proprio potere sopra un'altra persona, privandola di tutte o quasi tutte le sue libertà fondamentali e, per questo tramite, avvilendola nella sua personale dignità*". Chi scrive ritiene che i penalisti citati da PAGLIARO ritenessero il delitto di plagio determinato a sufficienza in quanto gli stessi, nelle loro riflessioni, si muovevano esclusivamente sul piano della semantica, ritenendo bastevole scoprire il "*senso compiuto*" di una disposizione incriminatrice per predicarne la piena costituzionalità; invero, la vaghezza della formulazione di un reato involge molti più aspetti di quelli puramente linguistici, come chi scrive intende affermare in questa sede.

Non è un caso che negli U.S.A. la dottrina e la giurisprudenza abbiano messo in stretta correlazione la *void for vagueness doctrine* e la cosiddetta *overbreadth doctrine*⁵² – ossia la teorica elaborata dalla *Supreme Court* statunitense secondo la quale sono illegittime le leggi astrattamente atte a sanzionare condotte che l’Autorità pubblica dovrebbe tutelare, *in primis* il sereno esercizio del *free speech* assicurato dal primo emendamento della Costituzione statunitense⁵³.

In virtù della predetta correlazione, i giudici americani, nel vagliare la legittimità di una disposizione incriminatrice, dapprima sono tenuti a stabilire se l’implementazione della stessa vada ad incidere su “*a substantial amount of constitutionally protected conduct*”, ossia su di un apprezzabile novero di condotte integranti l’esercizio di diritti di rango costituzionale ossia; successivamente, le corti statunitensi non si limitano ad accertare se detta incisione sia costituzionalmente accettabile o meno, ma valutano anche “*whether the nebulous aspect of the proscription may be discouraging the citizenry from engaging in protected speech or behavior*”, ossia se i contorni della fattispecie di reato sottoposta al loro sindacato siano talmente nebulosi da scoraggiare i consociati ad esprimere il proprio libero pensiero o a tenere condotte protette dall’ordinamento giuridico⁵⁴.

Tutto ciò esposto, viene da chiedersi se un siffatto approccio alla legalità penalistica discenda da acquisizioni culturali meritevoli d’essere accolte nel panorama giuridico nostrano.

⁵² Sul punto appare opportuno rinviare al lavoro di J.F. DECKER *Addressing Vagueness, Ambiguity and Other Uncertainty in American Criminal Laws*, in *Denver University Law*, 2002, p 241.

⁵³ ID., *ivi*, p. 265, sostiene che i concetti di “*overbreadth*” e “*vagueness*” siano, in un certo senso, distinti e comunque, sotto altri aspetti, inseparabili. Per quanto concerne l’insuperabile distinzione sussistente fra le categorie *de quibus*, va detto che la prima si riferisce all’imprecisione di una norma, la seconda all’eccessività del suo perimetro applicativo; in tali termini si è pronunciata anche la giurisprudenza statunitense – *ex plurimis*, si rinvia all’arresto *Ariz. ex rel. Purcell v. Superior Court*, 535 P.2d 1299, 1301 (Ariz. 1975), nel quale si sostiene che “[w]hile a statute may often be found both vague and overbroad at the same time, the two concepts are distinct. A statute is too vague when it fails to give fair notice of what it prohibits. It is overbroad when its language, given its normal meaning, is so broad that the sanctions may apply to conduct which the state is not entitled to regulate” / “Sebbene uno statute possa essere allo stesso tempo vago ed overborad, ossia caratterizzato da un campo applicativo troppo esteso, i due concetti sono distinti. Uno statute è troppo vago quando non garantisce una fair notice in ordine a ciò che proibisce. È overborad quando la sua formulazione – tenuto conto del significato ordinariamente attribuibile – è talmente lata che le sanzioni da esso previste potrebbero applicarsi in riferimento a condotte in ordine alle quali lo Stato non ha un potere regolatore” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive).

⁵⁴ Sul punto, si rinvia a J.F. DECKER, *op. cit.*, p. 266.

11. La legalità come valore e non più solo come criterio di costruzione della fattispecie penale: un'idea praticabile?

Alla luce di molti degli elementi esposti nei precedenti paragrafi, può aversi la fondata impressione che i principi tradizionalmente governanti la determinatezza della *criminal law in the books* nell'ordinamento giuridico italiano difficilmente possano costituire una forte garanzia della prevedibilità della legge penale, e dunque non stupisce che sempre più Autori ritengano ormai indispensabile muoversi sul piano della *law in action* al fine di raggiungere il predetto scopo; qualora si ritenesse che la sentenza n. 96/1981 della Consulta si fondi in misura preminente su ragioni “*altre*” rispetto a quelle della legalità, il quadro si farebbe ancora più desolante.

Tuttavia, le acquisizioni culturali sopra evocate e alcune delle osservazioni sin qui formulate potrebbero non essere soltanto motivo di delusione, in quanto potenzialmente utili nell'opera di arricchimento dello strumentario concettuale di cui dispone attualmente il penalista per giustificare il principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost..

Ove si continuasse ad intendere la legalità esclusivamente come un “*criterio di costruzione delle fattispecie penali*” al quale il Legislatore è chiamato a conformarsi nella sua opera di posizione delle disposizioni incriminatrici, a pena di declaratoria di incostituzionalità di queste, non è implausibile ritenere che l'odierno stato dell'arte in materia di determinatezza dello *ius criminale* potrebbe rimanere sostanzialmente invariato.

A diversi esiti, plausibilmente, potrebbe giungersi ove si rinunciasse a tale idea, muovendo dal ragionevole rilievo secondo il quale anche la *vagueness* è un concetto in sé molto vago, e dunque difficile da stigmatizzare nel contesto di un giudizio di costituzionalità.

Il dato su cui dunque potrebbe valere la pena di riflettere è che la legalità, ossia ciò che gli anglosassoni chiamano *rule of law*, pare rappresentare più “*un valore*” che un'istanza di carattere strettamente tecnico: la domanda da porsi, pertanto, è quanto e come detto valore debba essere implementato già *on the books*, sulla base dei concreti interessi in gioco che di volta in volta possono assumere rilevanza.

Sul punto, appaiono di particolare interesse alcune osservazioni – invero solo abbozzate – del giurista statunitense PETER W. LOW, secondo il quale “*every disposition of a case on the*

*ground of vagueness involves a values trade-off*⁵⁵: in altre parole, nell'opinione del predetto autore, quando si discute della tassatività di una norma penale, si deve tenere in conto che l'istanza della legalità ha sempre una contropartita, da soppesare adeguatamente.

Su un piatto della bilancia, infatti, vi sono gli interessi che il Legislatore si augura vengano tutelati in sede di *law-enforcement* (“*on one side is the array of law-enforcement interests the legislature seeks to advance by the statute in question*”)⁵⁶; in tal proposito, LOW tiene a precisare che il diritto penale “*is dominated by utilitarian public protection concerns of the highest order, and courts are understandably reluctant to foreclose serious efforts by a legislature to protect the public from identified evils, especially when it has made a reasonable effort and may have no clear alternatives*”⁵⁷; tuttavia, una disposizione incriminatrice, pur posta al fine di prevenire le più nocive fra le condotte umane (si pensi al delitto di plagio, di cui s'è detto *supra*), e pur concretamente assoggettabile ad una lettura “*tassativizzante*”, potrebbe pur sempre configurare un congegno normativo pericoloso da affidare ai giudici ed ai pubblici ministeri, l'utilizzo del quale potrebbe implicare costi sociali non indifferenti.

In base alle osservazioni di LOW – che chi scrive non nasconde di trovare condivisibili – il giurista, pur contro voglia, è inevitabilmente chiamato a compiere un bilanciamento fra gli interessi protetti dalla *criminal law* ed il tasso di precisione delle fattispecie penali, il quale, come s'è visto in precedenza, è quasi sempre difficile a massimizzarsi integralmente⁵⁸.

⁵⁵ P.W. LOW, *Changing the Vocabulary of the Vagueness Doctrine*, in *Virginia Law Review*, 2015, p. 2057.

⁵⁶ Così ID., *ibidem*

⁵⁷ “*Il diritto penale è dominato dalla volontà di garantire interesse pubblici del più alto rango, e le corti sono comprensibilmente riluttanti nel neutralizzare gli sforzi compiuti da parte dal Legislatore per proteggere i consociati da mali identificabili, soprattutto quando questi ha fatto ogni ragionevole sforzo e potrebbe non avere chiare alternative*” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive) (così ID., *ibidem*).

⁵⁸ Sul punto, si rimanda alle interessanti riflessioni formulate da R. BATEY in *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, in *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 1997, p. 1; il predetto Autore sostiene che, ogniqualvolta si valuta la tassatività di una fattispecie penale alla luce della *vagueness doctrine* (tenendo bene in conto i valori a questa sottesi, ossia quelli della *fair notice* e della minimizzazione di un *law enforcement* discriminatorio ed arbitrario), si è naturalmente portati a valutare se l'eventuale indeterminatezza della stessa sia una condizione necessaria affinché il Legislatore possa efficacemente perseguire i propri scopi; in senso analogo, A. AMSTERDAM, *The Void-For-Vagueness in The Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, p. 95, per il quale il mantenimento dell'ordine sociale è preconditione necessaria per l'esercizio di ogni libertà e diritto; secondo AMSTERDAM, siffatto ordine non può essere garantito

Sposare simili considerazioni, com'è ovvio, costituisce un mutamento di prospettiva radicale: esso comporta la rinuncia alla ricerca dell'ideal-tipo della fattispecie assolutamente tassativa e scevra di profili di vaghezza, e sembra imporre, al contempo, un'operazione di tipo inedito quale il vaglio dell'"*accettabilità dell'indeterminatezza*" di tutte quelle fattispecie incriminatrici delle quali la Corte costituzionale predica – seppur tacitamente – la parziale indeterminatezza ogniqualvolta non ne afferma l'assoluta tassatività, "*accontentandosi*" che le stesse siano sufficientemente determinate.

Intraprendere un simile percorso equivarrebbe a decretare la condanna a morte del principio di legalità del diritto penale una volta per tutte? Trattasi di un'operazione di carattere sovversivo, preclusa dal dettato della Costituzione?

Chi scrive non esita ad ammettere la legittimità di simili dubbi: indubbiamente, rappresentare la legalità come un valore bilanciabile può ben apparire il primo passo verso la più pericolosa delle rese culturali cui il penalista potrebbe mai addivenire.

Purtuttavia, non sembra peregrino affermare che procedere al vaglio della tollerabilità dell'indeterminatezza delle disposizioni penali presenti più vantaggi che costi.

Un esempio in tal proposito, d'altronde, è già stato presentato *supra*: si ponga un'altra volta mente al delitto di plagio ed alle reali motivazioni che ne hanno segnato la fine; nella sentenza n. 96/1981, la Consulta, *de facto*, più che inverare il *rule of law*, ha principalmente tutelato l'attività di proselitismo religioso e politico, rimuovendo una "*mina vagante*" che in passato ha ferito individui moralmente integri, rei soltanto di aver esercitato le proprie libertà costituzionali.

Perché mai dovrebbe impedirsi alla Corte costituzionale di compiere nuovamente simili valutazioni in ordine ad altre fattispecie, e magari alla luce di un *framework* definito meglio? Perché la Consulta non dovrebbe verificare quali siano i "*costi*" dell'indeterminatezza delle previsioni relative ai delitti e alle pene che essa stessa ha sempre ritenuto "*sanabile*" in virtù dell'opera ermeneutica dei giudici?

Consentire simili operazioni non precluderebbe alla giurisprudenza di impegnarsi, altresì, nella tradizionale opera di "*bonifica*" dell'ordinamento giuridico dei reati considerati irrispettosi del principio di cui all'art. 25, co. II°, Cost., in ossequio alle tradizionali direttrici:

esclusivamente per il tramite di disposizioni assolutamente tassative, non potendosi negare spazi per *ad-hoc judgments*.

non può nascondersi, tuttavia, che è urgente procedere anche sul binario parallelo le cui caratteristiche si è cercato di abbozzare in questa sede.

12. Bilanciare la legalità con le istanze di tutela espressa dalle disposizioni incriminatrici: un passo indietro o una nuova garanzia?

Non può nascondersi, giunti a questo punto, che decidere di porre il valore della legalità in bilanciamento con altre istanze – pur al nobile fine di garantire la declaratoria d’incostituzionalità di fattispecie formulate in modo inammissibilmente impreciso – potrebbe equivalere, nei fatti, a porre in bilanciamento, altresì, diritti assolutamente incompressibili dei singoli, *in primis* quello alla *foreseeability* e all’*accessibility* del diritto penale⁵⁹.

⁵⁹ In verità, quantomeno a parere di chi scrive, la giurisprudenza costituzionale in materia di principio di offensività, *de facto*, sembra autorizzare il giudice penale a compiere una sorta di “bilanciamento” fra le istanze sottese al principio di legalità e quelle di carattere repressivo, in conformità a schemi assimilabili a quelli mediante i quali può giustiziarsi il principio di matrice tedesca della “*proporzionalità*” (per un’efficace descrizione di detto principio e delle correlate premesse ideologiche, si rimanda a A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1427); si ritiene di poter trarre un simile convincimento muovendo dalle interessanti riflessioni formulate da A. ODDI in un lavoro già citato *supra* (si confronti la nota n. 10), intitolato “*Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*”; l’Autore ritiene che l’interpretazione adeguatrice in chiave di offensività concreta non possa mai supplire, di per sé, al difetto di offensività astratta della fattispecie penale, “*se non a costo di una palese violazione dell’art. 25, comma II°, Cost.*”, spettando solo al Legislatore il compito di selezionare i comportamenti meritevoli d’essere puniti; la Consulta, invece, secondo ODDI, tende a sollevare il nomoteta dalla responsabilità di scelte di tale ordine, procedendo a “*ristrutturazioni*”, più che a “*interpretazioni*” costituzionalmente orientate, delle disposizioni incriminatrici. L’Autore ritiene che l’esempio più emblematico di una simile tendenza sia costituito dalla giurisprudenza della Consulta in materia di reati di sedizione militare: nella pronuncia che se ne occupa, la n. 519 del 2000, il fatto materiale tipico sarebbe stato sostanzialmente riscritto, al fine di rendere punibili solo quelle forme di protesta “*che denotano oggettivamente ostilità e ribellione*” (così da cagionare il pericolo concreto di un’insubordinazione), e ciò nonostante le intenzioni del Legislatore fascista fossero evidentemente quelle di punire qualsivoglia tipo di manifestazione *lato sensu* sediziosa. Chi scrive ritiene che il filone giurisprudenziale stigmatizzato da ODDI concerna reati rispetto ai quali si pongono i medesimi problemi in relazione ai quali la *Supreme Court* statunitense ha elaborato la summenzionata *overbreadth doctrine*; la fattispecie di cui all’art. 183 del c.p.m.p., infatti, più che essere indeterminata o contraria al principio di offensività, appare connotata da un’lettera talmente “*overbroad*” da colpire condotte costituzionalmente protette, quali la libera manifestazione del

Invero, in virtù delle superiori considerazioni e degli argomenti che verranno sviluppati nei capitoli successivi, è illusorio ritenere che la sola *law in the books* possa – e debba – garantire *in toto* i diritti di cui sopra, senza l’ausilio di efficaci tecniche di “*amministrazione dei precedenti giudiziari*”; altrettanto illusorio, d’altronde, è pensare che il Giudice delle leggi si determinerà mai a dichiarare l’illegittimità di fattispecie incriminatrici volte a tutelare beni di immane rilievo – anche costituzionale – a fronte della rilevazione d’una qualche apprezzabile indeterminatezza delle stesse⁶⁰; chi scrive ben comprende che la scienza giuridica è un sapere prescrittivo, e non puramente descrittivo, ma un simile dato di realtà non può essere trascurato ad oltranza.

Appare il caso di richiamare, in tal proposito, una considerazione di non poco momento espressa da A. RUGGERI (già citata *supra*⁶¹), secondo cui il principio dell’integrità e

pensiero; una simile compressione dei diritti individuali degli appartenenti alle forze armate, in un impianto normativo di matrice fascista, deve essere sembrata tollerabile, in passato; ad oggi, invece, la costellazione di valori dell’ordinamento giuridico italiano è mutata, e dunque si impongono nuovi bilanciamenti fra l’interesse protetto dall’art. 183 c.p.m.p. ed i correlati contro-interessi, consacrati nell’articolo 21 della Costituzione; la sentenza n. 519/2000 ben avrebbe potuto essere, pertanto, una declaratoria di parziale incostituzionalità della sopra citata disposizione incriminatrice; in altre parole, il Giudice delle leggi avrebbe potuto espressamente espungere da essa le condotte integranti un legittimo esercizio del *free speech*; la pronuncia interpretativa di rigetto che è stata effettivamente emessa, invece, “*delega*” il compito di compiere il bilanciamento fra “*la libertà di ciascun appartenente alle forze armate di manifestare il proprio pensiero*” e “*l’interesse ad una rigida disciplina militare al giudice*”; il magistrato sarà chiamato a valutare, di volta in volta, quanto la limitazione della prima sia proporzionata rispetto all’esigenza di garantire il secondo. D’altro canto, la misura del perimetro di operatività di una fattispecie incriminatrice può ben essere influenzata dalle operazioni di “*bilanciamento*” che devono compiersi nell’opera di valutazione della ricorrenza di una scriminante: sia sufficiente pensare, a mo’ d’esempio, al recente dibattito in ordine alla possibile ricorrenza della causa di giustificazione del consenso dell’avente diritto in relazione al reato di omicidio del consenziente (sul punto, si rinvia a P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l’archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; ID., *Aiuto al suicidio, il G.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l’imputazione di Marco Cappato*, *ivi*).

⁶⁰ Si pensi, *ex plurimis*, al reato di violenza sessuale: è fuor di dubbio che la locuzione “*atto sessuale*” presenti più di un profilo di indeterminatezza, come i molteplici e difformi orientamenti giurisprudenziali in merito dimostrano (sul punto, è opportuno rinviare a A. CADOPPI e M. VITIELLO, *A Kiss Is Just a Kiss, or Is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, in *Seton Hall Law Review*, 2010, p. 3); è credibile ritenere, tuttavia, che la Consulta non procederà mai a dichiarare l’incostituzionalità di disposizioni volte a tutelare interessi di assoluta preminenza come il 609-bis c.p., finendo per dare vita ad un vuoto normativo di notevole pericolosità, nonché difficile a colmarsi in tempi ragionevoli?

⁶¹ Si confronti la nota 17.

continuità dell'ordinamento “*impone, e non già autorizza, di mantenere in vita leggi (e fonti in genere), la cui eventuale caducazione produrrebbe un costo comunque insopportabile per il regime democratico*”⁶²; invero, un regime pienamente democratico deve sopportare ogni costo pur di rispettare i diritti incompressibili dell'individuo – tra cui spicca quello alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie in materia penale – di modo da trattare i consociati “*come fini*” e non “*come mezzi*”, per usare categorie di matrice kantiana.

Tuttavia, in attesa dell'elaborazione d'un solido strumentario concettuale atto a sciogliere le plurime “*ambiguità in ordine al concetto di ambiguità normativa*”, soppesare – ed eventualmente stigmatizzare – la tollerabilità dell'opera di “*tassativizzazione*” che i giudici quotidianamente compiono in sede ermeneutica per restituire determinatezza a fattispecie incriminatrici caratterizzate da apprezzabili profili di vaghezza potrebbe apparire, a ben guardare, quasi un'urgenza, più che una bizzarria dagli effetti nefasti.

⁶² Così ID., *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione 'giurisprudenziale' conseguenziale)*, p. 717.

2. Potenzialità e limiti dell'idea di dar vita ad un “codice ermeneutico” alla luce del quale interpretare il diritto penale, così da garantirne la prevedibilità

1. Il rilievo attribuito da parte della Corte EDU all'attività interpretativa del giudice rispetto alla problematica delle condizioni di prevedibilità della legge penale; 2. Perché la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *foreseeability* della *criminal law* impone di affrontare la questione dell'ermeneusi legale in diritto penale; 3. Un percorso d'indagine diverso: gli effetti della *civil law-isation* dei sistemi giuridici di *common law* come dinamica da analizzare per affinare gli strumenti culturali necessari alla risoluzione della questione della *foreseeability* del diritto penale; 4. La *statutory interpretation* negli Stati Uniti; 4.1 *Purposivism*; 4.2. *Textualism*; 4.2.1 Il *textualism* come metodo idealmente atto a garantire la *fair notice* del diritto penale – 4.2.2. L'ideologia “testualista” nelle direttive ermeneutiche di rango legislativo adottate dagli Stati facenti parte degli U.S.A. – 4.2.3. I principali rilievi mossi dalla dottrina statunitense al *textualism* – 5. L'inutilità di un compendio di *canons* fra loro non gerarchicamente ordinati; 6. La tesi dell'intrinseca inutilità di qualsivoglia *canon* – 7. L'esperienza statunitense nel campo dell'ermeneusi legale: cronache di un mondo “totalmente altro”? – 8. Cause e conseguenze dei “*cicli vitale*” delle teorie dell'ermeneusi legale: un'importante lezione americana per il giurista europeo – 9. La necessità di “*testare*” la bontà degli insegnamenti tratti dalla disamina dell'esperienza statunitense in materia di *statutory interpretation* – 9.1 La rilevanza penale del falso in bilancio valutativo come problema la cui risoluzione mette in evidenza la difficoltà di rendere prevedibile il diritto penale mediante l'ideazione di “griglie ermeneutiche” – 10. Una strada alternativa a quella dell'implementazione dell'ideologia testualista in diritto penale: l'applicazione della *rule of lenity*

1. Il rilievo attribuito da parte della Corte EDU all'attività interpretativa del giudice rispetto alla problematica delle condizioni di prevedibilità della legge penale

È noto il rilievo che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo attribuisce al formante giurisprudenziale in ordine alle condizioni di conoscibilità, accessibilità e prevedibilità della legge penale.

I giudici della Corte di Strasburgo assegnano alle decisioni giudiziarie un peso sovente decisivo allorché sono chiamati a stabilire se gli Stati contraenti della C.E.D.U. abbiano debitamente prestato ossequio alla garanzia di *foreseeability* della *criminal law* prevista dall'art. 7 della C.E.D.U..

Il caso Contrada, per i motivi di cui s'è già detto in precedenza, è paradigmatico di tale tendenza.

Alla radice del riconoscimento di una simile importanza ai *judicial precedents* non vi è di certo – com'è evidente – la volontà di ridefinire il peso relativo del Legislatore e del Giudice in ambito penalistico, sebbene questo – quantomeno *de facto* – possa rivelarsi l'esito pratico dell'orientamento in oggetto.

L'approccio della Corte EDU, piuttosto, muove dall'ormai consolidata acquisizione culturale secondo cui il diritto non coincide con la legge, bensì rappresenta ineluttabilmente il prodotto dell'ermeneusi legale: è all'*output* della giurisdizione – e non soltanto a quello della legislazione – che dobbiamo guardare se vogliamo “*rinvenire*” le norme che compongono un ordinamento giuridico¹.

E' appena il caso di sottolineare che trattasi della stessa acquisizione culturale sulla quale fa perno, in notevole misura, l'apparato argomentativo della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale: l'“*oscurità del dettato normativo penalistico*” che, nelle parole della Consulta, obbliga il cittadino ad assolvere ai propri obblighi di informazione sulle cose del diritto (eventualmente avvalendosi della “*mediazione*” di qualificati operatori del diritto) coincide con la circostanza in cui la norma d'interesse non è auto-evidente, e ciò proprio perché essa costituisce “*altro*” dalla disposizione da cui dev'essere ricavata.

In ossequio a tale osservazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo, in plurimi arresti, ha affermato che “*however clearly drafted a legal provision may be, in any system of law, there is an inevitable element of judicial interpretation. The role of adjudication vested in the courts is precisely to dissipate such interpretational doubts as remain*”².

I giudici di Strasburgo, pertanto, paiono riconoscere la piena legittimità d'un progressivo sviluppo del diritto penale attraverso il cosiddetto “*judicial law-making*”: siffatta dinamica, nella loro ottica, rappresenta una parte ben consolidata, necessaria ed insuscettibile di disconoscimento della tradizione giuridica degli stati aderenti alla C.E.D.U..

¹A ben guardare, la coppia di lemmi formata da “*legis-latio*” e “*juris-dictio*” presenta, *in nuce*, i segni di quella dialettica fra “*disposizione normativa*” e “*norma*” che, negli ultimi tempi, tanto interesse ha destato entro i confini della cittadella del diritto penale: la Politica non può che farsi latrice di leggi, a “*dire il diritto*” – ricostruendolo muovendo dalla *littera legis* e avvalendosi degli strumenti ermeneutici a sua disposizione – non può che essere esclusivamente l'Autorità preposta allo scopo.

² COSÌ, *ex plurimis*, *KAFKARIS C. CIPRO, GRANDE CHAMBRE*, N. 21906/04, CORTE EDU.

In altre parole, la Convenzione *de qua* non impedisce che una “*gradual clarification*” delle regole che stabiliscono il perimetro della responsabilità penale dei consociati avvenga per mezzo della “*judicial interpretation from case to case*”: indispensabile, tuttavia, è che il risultato di siffatta graduale opera di “*chiarificazione*” sia coerente con “*the essence of the offence*” che le disposizioni incriminatrici mirano a prevenire e, al contempo, possa dirsi ragionevolmente prevedibile.³

La Corte EDU arriva anche ad abbozzare una metodologia ermeneutica ideale – per quanto apparentemente semplicistica – al fine di stabilire con sufficiente grado di precisione quali siano le condizioni di giustiziabilità del principio di cui all’art. 7, co. I° della C.E.D.U.: l’interpretazione della legge penale, perché possa dirsi prevedibile, deve essere in linea “*in line*” con la *littera legis* così come leggibile nel suo specifico contesto normativo, e deve comunque essere qualificata come “*reasonable*”⁴.

I giudici di Strasburgo, tuttavia, affermano di non avere il potere di sindacare l’attività interpretativa svolta dai giudici nazionali, riservandosi di stigmatizzarne l’esito esclusivamente nei casi in cui la stessa si appalesi manifestamente irragionevole: inutile dire che siffatta riserva, come si dirà *infra, de facto* consente alla Corte EDU di dettare delle pratiche esegetiche in campo penale⁵.

2. Perché neppure la giurisprudenza della Corte EDU in materia di *foreseeability* della *criminal law* consente di eludere la questione dell’ermeneusi legale in diritto penale

Alla luce di quanto sopra esposto, sembra che – nell’ottica della Corte europea dei diritti dell’uomo – la garanzia della *foreseeability* della rilevanza penale di una condotta sia legata anche all’esigenza che i giudici si dotino di un *framework* interpretativo la cui stabilità

³ Principi espressi negli arresti *S.W. c. Regno Unito*, 22 novembre 1995, Corte EDU; *Streletz, Kessler and Krenz c. Germania*, Grande Chambre, n. 34044/96, Corte EDU, 2001; *Kononov c. Latvia*, n. 36376/04, Corte EDU, 2010. E’ appena il caso di rilevare che, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, la garanzia della *foreseeability* della *criminal law* si riferisce tanto agli elementi costitutivi delle fattispecie di reato quanto alle pene correlativamente previste; i giudici di Strasburgo, qualora non ravvisino la mancanza di prevedibilità d’una condanna, non procedono ad accertare la sussistenza di una base legale della stessa.

⁴ *Jorgic c. Germania*, n. 74613/01, Corte EDU, 2006.

⁵ *Ex plurimis*, può ricordarsi Corte EDU, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia, arresto in cui i giudici di Strasburgo hanno affermato di poter “*verificare se il modo in cui il diritto interno è interpretato ed applicato produce degli effetti conformi ai principi della Convenzione*”.

consenta al cittadino di orientare i propri comportamenti di modo da non incappare nelle maglie della *criminal law*.

Non può dimenticarsi, d'altronde, che i giudici di Strasburgo ritengono che l'*output* dell'attività giurisdizionale possa dirsi *foreseeable* anche in assenza di un precedente giudiziale comparabile⁶.

A cosa servirebbe, pertanto, il puro e semplice *transplant* del principio dello *stare decisis* nel regno della *civil law* quando neppure a Strasburgo nessuno può protestare la propria incolpevolezza adducendo la circostanza d'essere stato destinatario della prima applicazione di una disposizione incriminatrice?

Anche nei cosiddetti *cases of first impressions*, pertanto, *one strike and you're out*, parafrasando un noto brocardo anglosassone.

Alla luce di simili dati, prima ancora di chiederci se l'attribuzione di un valore vincolante ai precedenti giudiziali costituisca una strategia adeguata per prevenire – o quantomeno per amministrare efficacemente – i conflitti giurisprudenziali sincronici e diacronici nel campo dello *ius criminale*, dobbiamo porci un dubbio preliminare: è possibile eliminare – o comunque, minimizzare apprezzabilmente – le incertezze normative riscontrabili in diritto penale sul piano dell'interpretazione giudiziale?

Chi scrive non fatica a comprendere quanto una domanda di tal genere possa apparire, in larga misura, notevolmente anacronistica ed ingenua, visto quanto s'è già detto e si dirà ulteriormente circa l'inevitabile tasso di arbitrarietà – se non di politicità – di qualsivoglia attività ermeneutica.

Tuttavia, il fatto che persino una “*Corte dei diritti umani*” adusa all'estrema valorizzazione del formante giurisprudenziale non trascuri il rilievo che l'ermeneusi assume nell'implementazione del principio di cui all'art. 7, co. I° C.E.D.U., come s'è dato conto sinora, dovrebbe far riflettere.

Non può che suonare incongruo, allora, il diffuso scetticismo in ordine alla possibilità che i giudici si dotino di un qualche “*codice metodologico*” in ossequio al quale esercitare la potestà para-normativa che, *de facto*, essi finiscono per esercitare allorquando procedono a sciogliere le ambiguità di una disposizione penale.

⁶ “*No decisive importance should be attached to a lack of comparable precedents*” (così *K.A. e A.D. c. Belgio*, n. 42758/98 e 45558/99, Corte EDU, 17 febbraio 2005).

Di certo, sembra difficile ipotizzare l'invenzione di strategie esegetiche mediante le quali estrarre dalla Legge il suo "vero significato" e nient'altro⁷; chi scrive – al pari di chi legge

⁷ In questo senso, è irrinunciabile muovere dalla considerazione secondo la quale i giuristi, oggi, sono ineluttabilmente chiamati a confrontarsi con la cultura ermeneutica, "*perché non si pensi di ritornare al tecnicismo di maniera, ai brocardi ubi lex voluit dixit etc.*", posta l'incontestabile acquisizione – richiamata in plurime sedi della presente trattazione – per cui "*l'interpretazione non è un atto di deduzione logico-formale*", in quanto "*essa è produttiva di conoscenza non analitica*" (in tal senso, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale - Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 29). Non si ignora il rischio che le predette considerazioni vengano intese come una sorta di pericolosa "resa" all'idea che il principio di legalità difficilmente possa efficacemente inverarsi *on the books*; esse, invero, rispondono all'esigenza di comprendere e valutare adeguatamente "l'essere" dell'attività giurisdizionale e dei suoi concreti meccanismi, la qual cosa non necessariamente si pone in contrasto con la nobile difesa dell'istanza di implementazione del "*dover essere*" espresso dal principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione; non deve riscontrarsi una lesione della maestà dei principi nel solo fatto di acquisire al patrimonio del giurista le categorie utilmente elaborate nell'ambito della filosofia del linguaggio e dell'interpretazione. Di recente, tuttavia, si è continuato ad affermare che "*solo in apparenza 'neutrale' si rivela, in favorem iudicis, la crescente valorizzazione dell'esperienza propria della tradizione 'ermeneutica', per il tramite di dotte ed approfondite indagini di filosofia ed analisi del linguaggio, al fine di cogliere, tra l'altro, con estrema sottigliezza i confini tra l'analogia consentita*", e ciò in quanto simili indagini rischierebbero di assumere "*la fisionomia di un 'dover essere' ben lungi dall'impegno e dalla disponibilità a confrontarsi con le 'urgenze' derivanti da un contesto complessivo gravemente compromesso*" (così G. DE FRANCESCO, *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 11/2017, p. 1406); a giudizio di chi scrive, invece, la riflessione condotta dalla scienza penale italiana in ordine a problematiche di ordine ermeneutico, ad oggi, è stata sin troppo timida, e ciò proprio per il diffuso "timore" che intraprendere un simile percorso di ricerca finisca, col tempo, per compromettere la tenuta di talune importanti premesse culturali poste alla base dell'edificio penalistico italiano. Ciò considerato, si augura non suoni eccessivamente paradossale l'ulteriore osservazione secondo cui proprio l'adozione, da parte del Legislatore italiano, di un sistema processuale penale di tipo tendenzialmente accusatorio impone di condurre i più raffinati studi in ordine alle dinamiche caratterizzanti la nascita e l'evoluzione del formante giurisprudenziale nell'ambito della *criminal law*: nel processo, infatti, ad essere oggetto del contraddittorio tra le parti non è soltanto il fatto storico di cui all'imputazione, ma può – *rectius*: alla luce della sentenza della Corte EDU "*Drassich*", deve – esserlo anche il diritto, e ciò in virtù dell'inevitabile presupposto che l'*ars interpretandi* costituisce un'opera dal carattere talora creativo; entro un simile contesto, come si vedrà *infra*, gli studi di ermeneutica legale possono aiutare ad individuare eventuali applicazioni analogiche delle disposizioni incriminatrici in misura maggiore di quanto ciò consentano le riflessioni attinenti alla migliore costruzione possibile del tipo criminoso. Affermando ciò, non si intende negare che "*soltanto offese reali costruite intorno ad un nucleo materiale capace di identificarne il disvalore [rappresentino] il contrappunto armonico del contraddittorio per la prova, che su di esse potrà davvero esercitarsi con pienezza di significato pratico*", come osservato da T. PADOVANI ne *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 921.

la presente trattazione – reputa un siffatto obiettivo di ben difficile realizzabilità; per usare le parole di un autorevole Autore statunitense, non pare possibile coniare “*a simplistic template that can be mechanically applied to reach ‘determinate results’*”⁸.

Purtuttavia, se è vero che il diritto è un dominio del sapere – e dell’agire – entro il quale l’unica forma di razionalità praticabile è la ragionevolezza – o, com’è d’uso dire ad oggi, la logica “*flou*” – deve ritenersi che l’approccio corretto alla problematica in oggetto non sia un ostentato scetticismo – e ciò è tanto più vero se consideriamo, oltretutto, che passo successivo a siffatto approccio sarebbe quello di un infausto – e pragmaticamente indesiderabile – nichilismo⁹.

Breviter: se il magistrato, in buona sostanza, si ritrova suo malgrado a normare, e se di tale circostanza diciamo d’aver acquisito piena consapevolezza, perché smettere di porsi il problema delle condizioni cui deve farlo? E perché trascurare il fatto che proprio la verifica di tali condizioni ci può aiutare a capire quando l’interpretazione di una disposizione penale possa dirsi prevedibile?

Infine, se la *culpa juris* è – tra le varie cose – violazione di uno *standard* di perizia, e se tale perizia è parametrata anche al corretto esercizio degli strumenti interpretativi da parte dei consociati, perché trascurare il profilo dell’ermeneutica penale prima di procedere ad attribuire un ruolo taumaturgico alla logica dello *stare decisis*?

3. Un percorso d’indagine diverso: la *civil law-isation* dei sistemi giuridici di *common law* come problematica da cui muovere per affinare gli strumenti culturali necessari alla risoluzione della questione della *foreseeability* del diritto penale

⁸ “*Uno schema semplicistico che possa essere applicato meccanicamente per conseguire ‘determinati risultati’*” (traduzione a cura di chi scrive). L’espressione citata è di M. E. MULLINS, *Tools, Not Rules: The Heuristic Nature of Statutory Interpretation*, Journal of Legislation, Vol. 30, 2003, p. 4. Oltretutto, complica il quadro l’ormai consolidata acquisizione culturale secondo la quale ogni procedimento interpretativo implichi, in qualche inevitabile misura, operazioni ermeneutiche di carattere analogico (sul punto, si rinvia al fondamentale lavoro di A. KAUFMANN, *Analogy and ‘The Nature of Things’, A Contribution to the Theory of Types*, in *Journal of the Indian Law Institute*, 1966, p. 358).

⁹ “*Caduti molti idoli, lo scenario non è quello di un deserto nichilistico ma piuttosto di un panorama molto complesso; una complessità assai impegnativa sia per chi deve progettare le strade necessario per renderlo percorribile, sia per chi su quelle strade è chiamato ad avventurarsi nell’esercizio della propria professione di giurista*” (così F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un ‘principio fondamentale’*, p. 1322).

Si è già detto che la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha costretto il penalista italiano, per così dire, “*a ritornare sui propri passi*”, spingendolo a riflettere nuovamente su una problematica complessa quale quella inerente le condizioni di conoscibilità della legge penale, apparentemente “*archiviata*” *once and for all* con la sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988.

Si è detto, altresì, che la decisiva importanza talvolta attribuita al formante giurisprudenziale da parte della Corte EDU nell'opera di implementazione del principio di cui all'art. 7, co. I° della C.E.D.U. non può che imporci di volgere il nostro sguardo in direzione degli ordinamenti giuridici anglosassoni, al fine di trarne insegnamenti utili per affrontare l'inevitabile *common law-isation* in atto della *civil law*, ed in particolare allo scopo di acquisire quella “*cultura del precedente*” della quale la sentenza *Contrada* sembra chiederci di dotarci.

È ben comprensibile che i sistemi legali di *common law* destino l'attenzione del giurista nostrano – soprattutto del penalista interessato a mutuarne uno strumentario utile ad assicurare la *foreseeability* della legge penale – principalmente in relazione alle differenze che presentano rispetto ai sistemi di *civil law*, tra le quali spicca, per l'appunto, il peculiare tasso di vincolatività attribuito ai precedenti giudiziari in virtù della dottrina dello *stare decisis*.

Tuttavia, anche ai fini della presente indagine, sarebbe sbagliato ignorare il patrimonio di esperienze ed insegnamenti da tempo consolidatosi nei paesi anglosassoni – soprattutto negli Stati Uniti – rispetto ad istanze usualmente ritenute tipiche soltanto dei sistemi giuridici continentali (tra queste, come meglio si dirà *infra*, vi è una peculiare attenzione nei riguardi dell'ermeneusi legale).

Invero, com'è ormai noto ai più, da tempo la *statutory law* – ossia le disposizioni normative promulgate da soggetti politici, diverse dalla cosiddetta “*judge-made law*” – ha acquisito un ruolo centrale nel mondo giuridico anglosassone, determinandone trasformazioni radicali: tale dinamica è stata definita da un acuto osservatore quale GUIDO CALABRESI, con espressione icastica, come “[an] *orgy of statute making*”¹⁰ che ha dato luogo ad una vera e propria “*statutorification of American law*”¹¹.

¹⁰ G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, *Oliver Wendell Holmes Lectures*, 1985, p. 1

¹¹ ID. *ibidem*

La preminenza degli *statutes* nel sistema giuridico statunitense ha spinto CALABRESI ad affermare persino che gli U.S.A., oggi, potrebbero essere entrati in un'epoca di *civil law*.

Suona paradossale che, mentre il giurista nostrano intraprende un percorso di comprensione della *common law-isation* degli ordinamenti giuridici continentali, quello anglosassone finisca per paventare, al contempo, una sorta di *civil law-isation* degli ordinamenti di *common law*: appare quanto mai opportuno comprendere quali conseguenze abbia prodotto sulla cultura giuridica anglosassone la “*statutorification*” rilevata da CALABRESI.

Nel prosieguo ci si concentrerà prevalentemente sullo scenario statunitense, con occasionali rimandi a quello britannico ove ritenuto più proficuo ai fini della presente indagine: detta limitazione del campo d'indagine presenta un duplice fine.

Da un lato, la trattazione *de qua* verrà efficacemente semplificata, posto che guardare contestualmente “oltremanica” ed “oltreoceano” comporterebbe uno strabismo con effetti presumibilmente perniciosi, in termini di chiarezza espositiva e di adeguata circoscrizione dell'oggetto di studio.

Inoltre, come si dirà diffusamente oltre, è la cultura giuridica statunitense – sia a livello dottrinale che giurisprudenziale – ad essersi addentrata maggiormente entro taluni campi d'indagine idonei a destare interesse anche ai fini della presente trattazione.

4. La *statutory interpretation* negli Stati Uniti

GUIDO CALABRESI ha ironicamente rilevato che l'affermarsi negli Stati Uniti della *statutory law* ha comportato, tra le varie cose, lo sviluppo di teorie e pratiche di interpretazione legale “*which would make even the proverbial Jesuit blush*”¹², ossia idonee a far arrossire persino un gesuita medio: come si dirà oltre, infatti, ciascuna delle metodiche *de quibus* muove, in parte, da assunti talora capziosi, al fine – quantomeno espressamente ammesso – di far prevalere una particolare istanza ermeneutica sulle altre – la fedeltà al dato letterale nel caso del *textualism*, l'implementazione dell'obiettivo scopo della legge per quanto riguarda il *purposivism* e il raggiungimento dei fini del “*Legislatore storico*” per quanto concerne l'*intentionalism*.

¹² ID. *ibidem*

Il dibattito statunitense in ordine alle metodologie interpretative degli *statutes* è antico, e riassumere in questa sede tutte le problematiche ad esso sottese, nonché tutti i correlati esiti speculativi e pratici, equivarrebbe a riportare l'intera storia della teoria generale del diritto e della filosofia giuridica degli U.S.A..

Non dobbiamo dimenticarci, d'altronde, quale sia lo specifico motivo per il quale ci stiamo spingendo entro il campo d'indagine *de quo*; il nostro fine è quello di comprendere – muovendo da talune acquisizioni culturali statunitensi – se sia possibile codificare un *corpus* organico di regole ermeneutiche la cui adozione, da parte del giudice penale, consenta a tutti i consociati di prevedere l'*output* dell'attività giurisdizionale nel campo della *criminal law*, e dunque di “calcolare” le conseguenze giuridiche delle proprie condotte.

4.1 *Purposivism ed intentionalism*

Con il lemma “*purposivism*” la dottrina statunitense suole indicare una metodologia ermeneutica sviluppatasi in seno alla corrente del *Legal process movement*: secondo tale teorica, l'interpretazione delle parole di cui sono composte le disposizioni normative deve essere condotta al precipuo fine di indurre da esse, con la maggiore precisione possibile, lo scopo perseguito dal Legislatore¹³.

Più specificamente, secondo la “*purposivist rule*” la legge andrebbe interpretata supponendo che essa sia stata scritta da “*legislatori ragionevoli*”, allo scopo di perseguire “*fini altrettanto ragionevoli*”.

I *purposivists* accettano la possibilità di desumere dalla *legislative history* elementi utili per perseguire il loro peculiare scopo esegetico, e ritengono che l'attività giurisdizionale non debba essere effettuata soltanto entro il perimetro della *littera legis*; il giudice, infatti, sarebbe chiamato a collaborare con il Legislatore nella definizione del significato degli *statutes*¹⁴.

¹³ Nel panorama anglosassone, i più accesi sostenitori del *purposivism* sono stati i giudici della *Supreme Court* statunitense STEVENS e BREYER.

¹⁴ P.L. STRAUSS, *The Common Law and Statutes*, *Columbia Law Review*, Vol. 70, p. 243. Nel mondo anglosassone, molteplici sono state le critiche espresse nei confronti dell'attribuzione di un peso notevole all’*intento del Legislatore*” nel processo interpretativo; siffatta attribuzione, infatti, sarebbe idonea a rendere inevitabilmente ambigue disposizioni normative pur caratterizzate da una *littera* sufficientemente univoca. Sul punto si rimanda a C.E. GONZALEZ, *Turning Unambiguous Statutory Materials Into Ambiguous Statutes: Ordering Principles, Avoidance, and Transparent*

Va ricordato che nell'ambito di tale corrente si è sviluppato il filone dell'"*intentionalism*", dottrina secondo la quale lo scopo del Legislatore destinato ad essere valorizzato non si identifica nella *ratio* di una normativa, bensì negli obiettivi concretamente perseguiti dall'Autorità politica.

4.2 *Textualism*

Nella letteratura giuridica statunitense, viene designata con il lemma "*textualism*" – letteralmente traducibile come "*testualismo*" – una metodologia esegetica tesa alla valorizzazione della lettera della legge come strumento chiave, "*key tool*", nell'interpretazione degli *statutes*"¹⁵.

La metodica testualista – quantomeno nelle intenzioni di chi la professa e del suo teoreta più celebre, il giudice della Corte suprema statunitense ANTHONIN SCALIA¹⁶ – muove dalla considerazione – d'ispirazione vetero-illuministica, sotto diversi profili – secondo la quale è inammissibile che i giudici si facciano, in alcun modo, creatori del diritto, essendo suo compito esclusivo quello di applicarlo: pertanto, la metodologia ermeneutica *de qua* viene

Justification in Cases of Interpretive Choice, in *Duke Law Journal*, 2011, p. 583: l'Autore si chiede come debba orientarsi l'interprete allorquando lo *statute* sottoposto alla sua interpretazione presenti un solo significato letterale, ma, al contempo, sussistano forti indizi ("*strong evidences*") di una *voluntas* del Legislatore di segno opposto; lo studio *de quo* risulta particolarmente interessante nella misura in cui esso non si concentra sull'ambiguità che può caratterizzare un testo normativo e sulle metodiche mediante le quali neutralizzarne le conseguenze negative, bensì sulle incertezze che possono derivare dall'operato degli stessi soggetti che esercitano la funzione giurisdizionale; alla luce di tale dinamica, GONZALEZ aderisce alla tesi secondo cui nessuna metodica interpretativa stabilita *ex ante* può impedire ai giudici di esercitare una certa incompressibile discrezionalità.

¹⁵ Così A.R. GLUCK, *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, *The Yale Law Journal*, vol. 119, 2010, p. 1762: "*Textualists place a heavy emphasis on text and text based interpretive rules (for example, dictionary definitions, textual 'context', and the so-called 'linguistic' or 'textual' canons – default presumptions based on common rules of grammar and word usage*" / "*I testualisti pongono notevole enfasi sul testo e sulle regole interpretative basate sul dato testulae (per esempio, definizioni tratte da dizionari, il 'contesto' testuale, ed i cosiddetti canons 'linguistici' o 'testuali' – presunzioni di default basate su regole grammaticali di base e sull'uso delle parole*" (traduzione a cura di chi scrive)

¹⁶ Il più celebre esponente di tale ideologia ermeneutica – nonché della parallela corrente dottrinale dell'*originalism* – è stato senza dubbio ANTONIN SCALIA, giudice della Corte suprema degli Stati Uniti sino al 2016 (anno della sua scomparsa).

ritenuta primariamente volta all'implementazione del valore della separazione fra i poteri dello Stato.

Per i *textualists*, ove la *littera legis* presenti delle ambiguità, la risoluzione di ogni dubbio interpretativo deve avvenire soltanto sulla base di *substantive canon-default presumptions*¹⁷, ossia di direttive predefinite certe operative “*di default*”, condivise dalla comunità dei giuristi, dalla cui applicazione discendano risultati prevedibili¹⁸.

¹⁷ Al fine di meglio comprendere il livello di raffinatezza che può raggiungersi nell'elaborazione delle presunzioni *de quibus*, sia sufficiente pensare alla “*no elephants in mouse holes rule*”, ossia al peculiare *canon* secondo il quale la soluzione ad un problema ermeneutico d'un certo spessore relativo ad una normativa di primaria importanza (“*the elephant*”) non può essere rinvenuta in una disposizione periferica, contenuta in una disposizione di secondario rilievo (“*the mouse hole*”); la regola è stata applicata nel caso *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns, Inc.*, 531 U.S. 457, 468 (2001), e la sua evidente funzione è quella di attribuire il giusto peso agli “*indizi*” che il soggetto esercente la giurisdizione deve valorizzare per svolgere secondo una certa razionalità il suo compito interpretativo.

¹⁸ Per esemplificare al meglio l'idoneità di un *canon* a orientare l'esegesi giudiziale, si pensi agli effetti che l'applicazione del principio espresso dalla massima “*expressio unius est exclusio alterius*” potrebbe avere in ordine ad una certa interpretazione resa dai giudici di legittimità e di merito rispetto alle fattispecie penali di “*bancarotta fraudolenta documentale*” e di “*bancarotta documentale semplice*”; secondo un orientamento ormai consolidato, l'omessa tenuta delle scritture contabili da parte dell'imprenditore commerciale alla quale possa dirsi sotteso un intento fraudolento dovrebbe ricadere nel perimetro applicativo del primo dei summenzionati reati; a ben guardare, tuttavia, l'art. 216, co. I, n. 2) L.F. punisce esclusivamente le condotte di sottrazione, distruzione e falsificazione delle predette scritture, nonché la loro tenuta “*in guisa tale da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio e del movimento degli affari*”; entro tale disposizione, nessun espresso cenno viene fatto a condotte di stampo puramente omissivo, le quali invece sembrano evocate esplicitamente dal testo del successivo art. 217 L.F.; una piana ed “*onesta*” applicazione del *canon* “*expressio unius est exclusio alterius*”, dunque, potrebbe essere considerata idonea ad impedire la lettura “*estensiva*” della bancarotta fraudolenta documentale della quale si è dato conto *supra*, imponendo ai giudici di ricondurre qualsivoglia ipotesi di omessa tenuta delle scritture contabili – sia essa di stampo fraudolento o meno – al campo applicativo della bancarotta semplice. D'altronde, in un obiter di *Cass. pen., Sez. V, 17/12/2010 (ud. 17/12/2010, dep.28/01/2011)* si legge che l'azione di cui alla L. Fall., art. 216, comma I°, n. 2, non può non manifestarsi che in forma positiva, poiché il Legislatore non ha contemplato (a differenza che per la bancarotta semplice, di cui all'articolo 217, comma II°) “*la mera omissione di conservazione e compilazione del corredo contabile*” In ordine alla specifica problematica ermeneutica in questione, si rimanda a FIORELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 105, nonché a A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017, p. 1797 e ss.. Un altro *canon* che, di recente, ha influenzato in misura apprezzabile il concreto operato della Corte di cassazione è quello secondo il quale ad ogni disposizione normativa deve assegnarsi un qualche significato “*utile*”: detto criterio esegetico è stato applicato, secondo interessanti direttrici operative, nella prima sentenza in cui i

Ogni indagine in ordine allo scopo perseguito dal Legislatore nell'adozione degli *statutes*, nell'ottica della metodica in oggetto, deve essere considerata completamente estranea rispetto al compito ermeneutico al quale sono chiamati i giudici, vincolati a tenere in conto il dato testuale caratterizzante le disposizioni normative, nonché ad applicare predefinite direttive esegetiche; l'orientamento in parola, in un certo qual modo, sembra quasi riecheggiare l'opinione di BECCARIA secondo cui “*Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni*”¹⁹.

Il *textualism* non riconosce alcun rilievo alla *legislative history* nell'opera di disambiguazione delle disposizioni normative, e ciò sulla base di un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, i *textualists* ritengono che ad un corpo legislativo composto da una pluralità di membri non possa essere attribuito un singolo, discernibile intento²⁰; sotto un altro profilo, la consultazione di documenti quali i “*committee reports*” e i “*floor statements*” dovrebbe essere vietata al giudice in nome di principi quali il *rule of law*, posto che è illegittimo che dalla documentazione di quelli che i giuristi italiani chiamano “*lavori parlamentari*” – ossia

giudici di legittimità si sono pronunciati in ordine alla portata della Legge Gelli-Bianco in materia di responsabilità penale del sanitario (Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile 2017, n. 28187, Pres. Blaiotta, Rel. Blaiotta – Montagni); nella predetta Legge si stabilisce che non è punibile l'agente che rispetti le linee guida accreditate nel caso in cui esse risultino adeguate alle specificità del caso concreto; secondo i giudici della nomofilachia, “[l]’*enunciato, come è stato da più parti sottolineato, attinge la sfera dell’ovvietà: non si comprende come potrebbe essere chiamato a rispondere di un evento lesivo l’autore che, avendo rispettato le raccomandazioni espresse da linee guida qualificate e pertinenti ed avendole in concreto attualizzate in un modo che “risulti adeguato” in rapporto alle contingenze del caso concreto, è evidentemente immune da colpa*”; i predetti giudici, tuttavia, in virtù di argomenti sistematici e teleologici, hanno attribuito un significato utile alla disposizione in parola; per una disamina dell’arresto *de quo*, si rinvia a C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; per un’analisi della problematica esegetica venuta in rilievo nella sentenza qui richiamata, si rinvia a G.M. CALETTI e M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*. p. 12

²⁰ Così A. SCALIA, *A Matter of Interpretations: Federal Courts and the Law*, Amy Guttman ed., 1997, p. 16

dal “racconto” di una dimensione pre-giuridica – vengano tratti argomenti mediante i quali sciogliere nodi esegetici attinenti al diritto positivo²¹.

4.2.1 Il *textualism* come metodo idealmente atto a garantire la *fair notice* del diritto penale

Taluni Autori statunitensi ritengono che il *textualism* sia l’unica metodica ermeneutica idonea a garantire ai consociati una piena *fair notice* in ordine al significato delle disposizioni poste dal Legislatore, soprattutto in ambito penalistico: ciò potrebbe dirsi, in particolar modo, per l’enfasi data da tale *doctrine* al primato della *littera legis*, unitamente al fondamentale rilievo che la stessa riconosce all’importanza di canoni prestabiliti attraverso i quali sciogliere le ambiguità caratterizzanti il dato normativo²².

Secondo quest’ottica, stabilendo una volta per tutte un preciso novero di regole per l’interpretazione delle disposizioni incriminatrici, si consentirebbe ai cittadini di effettuare “predizioni” abbastanza accurate in ordine all’esegesi giudiziale che delle stesse verrà effettuata in sede giudiziale²³.

Conviene precisare che chi sposa tale posizione non è restio a concedere ai critici dell’idea *de qua* che l’elaborazione di un certo numero di *canons*, in sé, sia insufficiente a trasformare un’esegesi giuridica in un’operazione assolutamente “meccanica”, dagli esiti facilmente

²¹ Ai richiami alla *legislative history*, i testualisti preferiscono argomenti di carattere sistematico, concentrando la propria attenzione nei confronti del contenuto e della struttura dei testi normativi entro i quali sono collocate le disposizioni normative da interpretare (così F.H. EASTERBROOK, *Text, History, and Structure in Statutory Interpretation*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1994, p. 67.

²² Per una disamina della posizione *de qua*, conviene rimandare ad una “Note” di recente pubblicazione, ossia *Textualism as Fair Notice*, in *Harvard Law Review*, 2009, p. 542; *ibidem* si riconosce che, sebbene in molti siano favorevoli alle istanze sottese alla *rule of law* ed alla *fair notice*, pochi abbiano riconosciuto, sino ad ora, il ruolo che il *textualism* può rivestire ai fini del perseguimento dei predetti principi; nell’articolo citato si lamenta quanto, altrettanto raramente, si rilevi che metodiche ermeneutiche quali il *purposivism* e l’*intentionalism* impediscano la soddisfazione dell’esigenza di *predictability* della legge. Per un interessante rilievo circa l’idoneità di canoni ermeneutici quali la valorizzazione della *legislative history* a minare la certezza del diritto, si rimanda alla sentenza della *Supreme Court* statunitense *Arlington Cent. Sch. Dist. Bd. Of Educ. V. Murphy*, 126 S. Ct. 2455, 2463 (2006), laddove si afferma che il predetto criterio interpretativo è insufficiente per garantire una *fair notice* nell’ambito dei cosiddetti “*spending clause case*”.

²³ Così nella “Note” citata *supra* a pagina 560.

pronosticabili, ammettendo, dunque, che l'implementazione di direttive ermeneutiche predefinite non assicuri alla perfezione la coerenza e la prevedibilità del diritto²⁴.

D'altronde, non può ignorarsi che il *purposivism* persegue i medesimi obiettivi del *textualism*, talora raggiungendo migliori risultati proprio in quanto volto a valorizzare massimamente le *rationes* della Legge così come interpretabili dai più, e dunque alla luce di comuni criteri di ragionevolezza ben meno "macchinosi" di un compendio di *canons*²⁵.

I testualisti hanno ribattuto a tale obiezione affermando che, in ogni caso, la loro ideologia esegetica resti quella preferibile, e ciò in virtù degli specifici bisogni che essa mira a soddisfare, soprattutto nel campo della *criminal law*: mentre il *purposivism* si focalizza sull'autore della Legge, valorizzando in misura notevole il punto di vista e le istanze del Legislatore, il *textualism* massimizza l'interesse alla prevedibilità del diritto, ossia un'istanza da ritenersi assolutamente prioritaria²⁶.

4.2.2 L'ideologia "testualista" nelle direttive ermeneutiche di rango legislativo adottate dagli Stati facenti parte degli U.S.A.

²⁴ Così *ibidem*.

²⁵ Così *ibidem*: "One might argue that the purposivist rule that statutes should be interpreted as written by reasonable legislators pursuing reasonable ends reasonably adheres to fair notice because it seeks to construct how a reasonable person would perceive the reasonable goals of the statute" / "Si potrebbe obiettare che la regola alla base del *purposivism* secondo la quale gli statutes andrebbero interpretati come se fossero scritti da legislatori ragionevoli intenzionati a perseguire fini ragionevoli garantisce altrettanto ragionevolmente la fair notice, poiché presuppone che l'interpretazione sia condotta tenendo in considerazione la percezione che chiunque avrebbe dei ragionevoli scopi dello statute" (traduzione a cura di chi scrive)

²⁶ Così *ibidem*: "Instead of placing the onus on the law's subject to construct the purpose of the legislator, textualism places the onus on the judge to construct the most reasonable interpretation by the subject. By doing so, textualism focuses on the most relevant actor – the citizen who will be held accountable under the law. In contrast, purposivism shifts the focus from the receiver of the law to the giver of the law, and thus is once removed from the core fair notice concern" / "Invece di porre l'onere di interpretare l'intento del legislatore sul destinatario della legge, il textualism attribuisce al giudice il compito di offrire la più ragionevole interpretazione al soggetto. Così facendo, il textualism si concentra sull'attore più importante – il cittadino che sarà ritenuto responsabile in virtù della legge. Di contro, il *purposivism* sposta l'attenzione dal destinatario della legge a chi la pone, così da rimuovere alla radice ogni preoccupazione in ordine alla fair notice" (traduzione a cura di chi scrive)

La particolare attenzione riservata negli Stati Uniti all'ermeneutica legale ed alla problematica della *predictability* della legge non si è manifestata soltanto nel dibattito dottrinale e nella giurisprudenza della *Supreme Court* federale: in molti degli Stati facenti parte degli U.S.A., infatti, è stato attribuito valore legale a specifiche metodologie di *statutory interpretation*, così imponendo agli organi giurisdizionali non federali di prestare ossequio a dettagliati codici ermeneutici²⁷.

Il fenomeno in parola è decisamente degno di nota: l'oggetto di serrate ed annose dispute accademiche – ossia la possibilità di dirigere “dall'alto” l'attività interpretativa della magistratura attraverso metodiche stabilite dal Legislatore – è stato “testato” in Oregon²⁸, in Texas²⁹, in Connecticut³⁰, nello Wisconsin³¹ e nel Michigan³².

Gli effetti di tali “*esperimenti*” sono stati di vario segno; talora i giudici si sono manifestamente “*ribellati*” alle direttive loro impartite, valorizzando istanze di segno contrario da loro ritenute comunque prioritarie nel processo interpretativo, a prescindere da ogni “*laccio esegetico*” prestabilito³³; in altri casi, invece, i codici ermeneutici di matrice legislativa hanno apprezzabilmente influito sull'attività giurisdizionale, non rendendone assolutamente prevedibili gli *output* ma, comunque, rendendone più facilmente controllabile il suo esplicarsi e conferendole maggiore legittimità³⁴.

²⁷ Per una disamina dell'interessante fenomeno in parola, si rimanda al completo articolo di A.R. GLUCK, *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, in *The Yale Law Journal*, 2010, p. 1748.

²⁸ ID., *ivi*, p. 1775

²⁹ ID., *ivi*, p. 1785

³⁰ ID., *ibidem*

³¹ ID., *ivi*, p. 1798

³² ID., *ibidem*

³³ Nel *Code Construction Act* del Texas, ad esempio, si impone ai Giudici di realizzare lo scopo perseguito dal Legislatore – tenendo conto, in particolare, della *legislative history* – e ciò a prescindere dalla rilevazione d'una qualche ambiguità nelle normative da interpretare; i magistrati di una delle due corti supreme texane – la *Court of criminal appeals* – si sono discostati da tale regola, ritenendo che qualsivoglia norma la quale non sia stata trasfusa all'interno di un testo normativo – magari in virtù di un compromesso fra differenti parti politiche – debba essere considerata *tamquam non esset* (così ID., *ivi*, p. 1788).

³⁴ Secondo GLUCK, “*tiering likely enhances the predictability benefits that are the goal of establishing a controlling interpretive approach in the first place. Ranking interpretive tools and limiting the number of tools that may be used in the successive steps of the inquiry is probably the way most likely to offer clarity to lower courts, litigants [...] and therefore to increase predictably and maximize coordination*” / “*Vincolare [l'attività interpretativa dei giudici] incrementa la*

4.2.3. I principali rilievi mossi dalla dottrina statunitense al *textualism*

Gran parte della dottrina statunitense ha etichettato il *textualism* come una corrente dottrinale “*formalista*”, stigmatizzandolo per la sua proclamata estraneità agli appelli del cosiddetto “*realismo giuridico*” – ossia ad istanze notoriamente molto diffuse nella cultura giuridica nord-americana; ad analoghe critiche sono stati sottoposti i codici ermeneutici adottati in alcuni degli stati facenti parte degli U.S.A..

Siffatta critica, a ben guardare, coglie poco nel segno, posto che – come d'altronde è evidente – la metodologia ermeneutica *de qua* rappresenta, già a partire dalle intenzioni dei suoi promotori e dai correlati fondamenti ideologici, proprio una tecnica di carattere formalista! Lo stesso SCALIA, in risposta al predetto rilievo, ha asserito, in riferimento alla metodica di *statutory interpretation* in questione, che “*of course it's formalistic! The rule of law is about form [...] Long live formalism!*”³⁵.

Alcuni Autori, prescindendo dalle (inefficaci) critiche di cui s'è appena detto, sono comunque arrivati a sostenere che i *textualists* professino una dottrina ormai morta³⁶, in quanto fallimentare sotto il profilo pratico e mai adottata per davvero dalla Corte suprema statunitense; altri ancora hanno affermato che le battaglie culturali nell'ambito delle quali ha avuto origine la predetta metodica si siano ormai concluse, considerato il diffuso consenso

prevedibilità della legge ed i suoi benefici, il che è il principale obiettivo della definizione di una metodologia ermeneutica vincolante. Stabilire una gerarchia di strumenti interpretativi e limitare il numero di strumenti esegetici che possono essere usati negli step successivi è probabilmente la strategia più idonea per garantire chiarezza alle corti inferiori, alle parti [...] così da incrementare la prevedibilità [delle decisioni giudiziali] e aumentarne il coordinamento” (traduzione a cura di chi scrive) (così ID., *ivi*, p. 1856).

³⁵ “È ovvio che [il *textualism*] sia *formalista*! La rule of law riguarda la forma [...] Lunga vita al formalismo!” (traduzione a cura di chi scrive) (così A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, p. 25); sui rapporti fra ideologie ermeneutiche come quella *testualista* e i valori sottesi al rule of law, si rimanda a W.N. ESKRIDGE, *Relationships Between Formalism and Functionalism in Separation of Power Cases*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1998, p. 21; J.T. MOLOT, *Ambivalence About Formalism*, in *Vanderbilt Law Review*, 2007, p. 2.

³⁶ Così J. T. MOLOT, *The Rise and Fall of Textualism*, in *Columbia Law Review*, 2006, p. 2: “*Textualism has outlived its utility as an intellectual movement*” / “*L' utilità del textualism come movimento intellettuale è ormai sorpassata*” (traduzione a cura di chi scrive)

– nella dottrina e nella giurisprudenza americane – per un pieno pluralismo ideologico in materia di ermeneutica legale³⁷.

Invero, chi scrive ritiene che quanto affermato da A.R. GLUCK in un recente articolo – pubblicato nel 2017 sulla *Notre Dame Law Review*³⁸ – restituisca con particolare chiarezza la principale critica che può rivolgersi alla tecnica di *statutory interpretation* propugnata da SCALIA.

GLUCK muove dalla considerazione che la radice ideologica della corrente dottrinale in oggetto sia innegabilmente rappresentata dal formalismo giuridico; tuttavia, il *textualism*, difetterebbe di tutte le caratteristiche necessarie per essere definito una metodica ermeneutica realmente formalista; ad esso, infatti, mancherebbe un *set* di direttive esegetiche prevedibili ed ordinate secondo una rigida gerarchia; al contrario, i *canons* dei quali SCALIA ha predicato l'indispensabilità al fine di garantire la più ampia *predictability* della legge – e con essa il valore della *rule of law* – rappresenterebbero una mera messe di presunzioni (quasi un centinaio) rispetto alle quali nessuno ha mai elaborato validi criteri di selezione e valorizzazione; l'amministrazione da parte dei giudici dei predetti canoni di *statutory interpretation*, pertanto, si identificherebbe con un'attività di carattere abbondantemente discrezionale, in netto contrasto con le stesse premesse ideologiche alla base del *textualism*.

³⁷ Così H.P. MONAGHAN, *Supremacy Clause Textualism*, in *Columbia Law Review*, 2010

³⁸ A.R. GLUCK, *Justice Scalia's Unfinished Business in Statutory Interpretation: Where Textualism's Formalism Gave up*, *Notre Dame Law Review*, Vol. 92, 2017, p. 2053; la medesima Autrice non fatica ad ammettere l'importanza del contributo dato da SCALIA alla difficile opera di elaborazione d'una teorica della *statutory construction* solida e coerente, ma ritiene che i suoi lodevoli sforzi e la sua fedeltà al valore della *rule of law* siano sempre stati votati al fallimento, e ciò in quanto il predetto *Justice* non ha mai compreso fino in fondo quali potessero essere le implicazioni ultime del suo approccio formalista; GLUCK, inoltre, afferma che nella dottrina testualista, così come elaborata da SCALIA, possono contarsi di certo più di settanta “*interpretive presumptions*”, se non addirittura cento, la quasi totalità delle quali non sono gerarchicamente ordinate (così ID., *op. cit.*, p. 2061); addirittura, l'Autrice rileva che ESKRIDGE è arrivato a contare ben centocinquanta possibili criteri esegetici, tra i quali se ne contano alcuni – talora peculiari – come “*the presumption in favor of arbitration, the presumption against extraterritoriality, the presumption that exemptions to the tax code are narrowly construed, the presumption in favor of Native American rights, the presumption that ambiguities in bankruptcy law favor the debtor, the presumption against retroactivity, the presumption in favor of the common law*” e molte altre (così ID., *op. cit.*, p. 2062); permettere al giudice di disporre d'una tale disordinata messe di direttive ermeneutiche, pertanto, non farebbe che neutralizzare l'intento alla base della teorica *de qua*, ossia quello di sottrarre alla magistratura la lata discrezionalità insita nel bilanciamento dei molteplici *canons* astrattamente a sua disposizione.

Ad aggravare il problema, d'altronde, sarebbero stati gli stessi testualisti, ed in particolare SCALIA, il quale ha sempre pervicacemente rifiutato l'applicazione della dottrina dello *stare decisis* in riferimento a qualsivoglia direttiva ermeneutica adottata dalla Corte suprema statunitense³⁹, ritenendo che queste rappresentino mere creazioni giudiziali, e dunque siano inidonee ad essere incorporate entro la *common law*⁴⁰.

5. L'inutilità di un compendio di *canons* fra loro non gerarchicamente ordinati

³⁹ Come s'è detto sin qui, negli Stati Uniti, ad oggi, non vi è accordo – in dottrina come in giurisprudenza – su quale sia la metodica di interpretazione legale che meglio consenta di implementare valori quali la *rule of law* e la *fair notice* rispetto alla materia dei delitti e delle pene. Come si vedrà nel prosieguo, neppure l'adesione alla teorica dello *stare decisis* da parte dei giudici statunitensi, d'altronde, pare garantire la piena *predictability* del diritto – non solo di quello penale – e ciò proprio in virtù della confusione che continua a regnare sovrana nel campo dell'ermeneutica legale, al netto dei pur ammirevoli sforzi compiuti da plurimi attori entro tale ambito. Per porre rimedio ad una simile situazione, un numero crescente di Autori statunitensi sostiene che i giudici, al fine di garantire la prevedibilità e la coerenza degli esiti della loro quotidiana attività ermeneutica, dovrebbero attribuire alle direttive interpretative da loro seguite un qualche valore vincolante secondo le direttrici della *stare decisis doctrine*; in caso contrario l'*output* della loro attività giurisdizionale continuerebbe ad essere perniciosamente *unpredictable*; sul punto è opportuno citare, *ex plurimis*, S. FOSTER, *Should Courts Give Stare Decisis Effect to Statutory Interpretation Methodology?*, in *The Georgetown Law Journal*, 2008, p. 1863. Gli autori ai quali si fa menzione ritengono che i possibili costi connessi all'attribuzione di una qualche vincolatività ai codici ermeneutici quotidianamente adottati dai giudici non siano poi così dissimili da quelli normalmente derivanti dall'ordinaria applicazione della teorica dello *stare decisis* in relazione agli esiti dell'interpretazione degli *statutes* – o, per meglio dire, della cosiddetta *substantive law*. Nell'ottica del filone dottrinale *de quo*, la vincolatività dei precedenti giudiziali è strumentale alla piena implementazione del valore della *rule of law*; attribuire una simile caratteristica alle regole interpretative cui prestano ossequio i magistrati consentirebbe di perseguire il predetto obiettivo al massimo grado. Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a L.M. SOLAN, *Precedent in Statutory Interpretation*, in *North Carolina Law Review*, 2016, p. 1165.

⁴⁰ Non può tacersi, d'altra parte, che nell'ambito *de quo* non v'è solo il problema di garantire un'apprezzabile efficacia a ciascuno dei *canons* suscettibili di comporre un codice ermeneutico di impronta testualista, ma v'è anche l'esigenza di garantirne la razionalità e la piena legittimità. Ad esempio, il *canon* – usato spesso anche dalla giurisprudenza italiana – secondo il quale ad ogni parola di una disposizione normativa deve attribuirsi una qualche utilità presuppone che il Legislatore, a monte, sia “*onnisciente*”; tuttavia, supporre ciò è più problematico di quanto possa apparire, considerato che – come affermato da R.A. POSNER in *Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom*, p. 812 – “*no one would suggest that judicial opinions or academic articles contain no surplusage*” (“nessuno riterrebbe che le motivazioni delle sentenze o le opere dottrinali non contengano alcunché di superfluo”) e non vi sarebbe necessariamente motivo di ritenere che le leggi siano differenti dalle tipologie di testi *de quibus*.

Che il fallimento del *textualism* non rappresenti esclusivamente il declino di una specifica tecnica ermeneutica affermata nella seconda metà del '900 negli U.S.A. ma costituisca una vera e propria cartina al tornasole dell'intrinseca fragilità di ogni metodologia interpretativa non caratterizzata da una precisa gerarchia delle direttive da essa previste⁴¹ è stato affermato da GONZALEZ, secondo il quale “*the law of interpretation combines a grab bag of conflicting injunctive principles with an absence of ordering principles [...] Because the law of interpretation lacks a hierarchy for ordering its injunctive principles, it is incapable of identifying a single legally superior interpretation among two or more rival interpretations*”⁴².

Pertanto, che si decida di aderire al *textualism* così come storicamente affermatosi o meno, l'idea di dotare il giudice di un codice ermeneutico completo di tutti gli strumenti più utili ai fini dell'applicazione della legge a poco servirebbe, ove fra detti strumenti non venisse stabilita *ex ante* precisa gerarchia.

Analoghe osservazioni sono state formulate da BANDY⁴³, Autrice favorevole al riconoscimento della piena libertà interpretativa dei giudici – sia nel campo della *constitutional interpretation* che in quello della *statutory interpretation*: sebbene ritenga che “[the] interpretive choice is an inherent judicial power”⁴⁴, e che minare questo principio rappresenterebbe “[a] way [...] to infringe his independence”⁴⁵, BANDY sostiene che un corretto esercizio della giurisdizione non possa non prevedere una qualche “*prioritization*”

⁴¹ Così C.E. GONZALEZ, *Turning Unambiguous Statutory Materials into Ambiguous Statutes: Ordering Principles, Avoidance, and Transparent Justification in Cases of Interpretive Choice*, Duke Law Journal, Vol. 61, p. 583

⁴² “La legge dell'interpretazione combina una manciata di principi fra loro confliggenti in assenza di principi ordinatori [...] Poiché la legge dell'interpretazione difetta di una gerarchia fra i suoi principi, è inidonea ad identificare una singola, legalmente superiore interpretazione fra due interpretazioni concorrenti” (traduzione a cura di chi scrive). Così ID., *ibidem*, p. 589

⁴³ J.M. BANDY, *Interpretive Freedom: A Necessary Component of Article III Judging*, Duke Law Journal, Vol. 61, p. 651. Sul punto, appare utile rimandare a F.H. EASTERBROOK, *The Absence of Method in Statutory Interpretation*, in *Chicago Law Review*, 2017, p. 81, ove si sostiene che la metodologia ermeneutica – anche quella testualista – non può mai essere ricondotta ad un mero algoritmo.

⁴⁴ “La discrezionalità interpretativa è inerente al potere giudiziario” (traduzione a cura di chi scrive). Così ID., *ibidem*, p. 651

⁴⁵ “Un modo per violare la sua indipendenza” (traduzione a cura di chi scrive). Così ID., *ibidem*, p. 691

delle “*interpretive evidences*”; in altre parole, il potere giudiziario, per essere correttamente esercitato, deve sì essere libero da ogni laccio metodologico pre-costituito dalla Politica⁴⁶, ma chi ne è titolare è comunque chiamato ad interpretare le disposizioni normative secondo un ben preciso ordine di istanze argomentative.

6. La tesi dell'intrinseca inutilità di qualsivoglia *canon*

Giunti a tal punto della presente trattazione, non può non richiamarsi la posizione di quegli Autori secondo i quali l'applicazione di un qualsivoglia novero di canoni ermeneutici – tra loro gerarchicamente ordinati o meno – non consente mai di ottenere risultati interpretativi suscettibili d'essere ritenuti validi *more geometrico*: una simile pretesa è stata efficacemente criticata – se non proprio sottilmente messa in ridicolo – in un celebre articolo di K.N. LLEWELLYN⁴⁷, citato dalla dottrina americana in quasi tutte le trattazioni aventi ad oggetto l'annoso problema della *statutory construction*.

Nell'ottica del predetto Autore, allorquando si perora dinanzi ad un Tribunale una soluzione esegetica in ordine ad un disposto normativo, si finisce inevitabilmente per usare un “*conventional vocabulary*”; talora, la normativa da interpretare è sufficientemente oscura da destare il sospetto che non ne esista una sola lettura possibile; in casi del genere, ciascuna delle parti in causa può appellarsi a dei *canons*; siffatti canoni non vengono “*spesi*” come formule matematiche dai risultati necessari (gli attori del foro riterrebbero ridicolo un simile approccio), ma sono intesi come dei “*tools of argument*”, ossia come utili strumenti discorsivi – funzionali alla perorazione di un'ipotesi ermeneutica in luogo di un'altra – e nulla più; ciò implica, pertanto, che “*the construction contended for must be sold, essentially, by means other than the use of canon: the good sense of situation and a simple construction*

⁴⁶ BANDY ritiene che attribuire al Legislatore il potere di stabilire regole in campo ermeneutico comporterebbe la sottomissione del potere giudiziario alla politica. “*The establishment of such frameworks by higher courts may burden the independence of particular judges [...] but it does not implicate the major concern of the Framers with preventing political influence*” / “*La definizione di un simile framework da parte delle corti superiori può comprimere l'indipendenza di singoli giudici [...] ma non realizza i rischi paventati dai costituenti nella loro opera di prevenzione dell'influenza politica sul potere giudiziario*” (traduzione a cura di chi scrive); così ID., *ibidem*, p. 689.

⁴⁷ K.N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Ruled or Canons about how Statutes are to be Construed*, in *Vanderbilt Law Review*, p. 395

*of the available language to achieve that sense, by tenable means, out of the statutory language*⁴⁸.

Anche POSNER, ad oggi, più che come detrattore del *textualism*, può essere a ragione ricordato come uno dei più aspri critici dell'utilità dei *canons* considerati di per se stessi⁴⁹; il noto Autore ritiene che gli studenti delle *law school* dovrebbero essere introdotti sin dal principio dei loro studi alla “*debunking literature on the canons of constructions*”⁵⁰, di modo da acquisire subito le “*lenti*” adatte per comprendere in cosa realmente consista l'interpretazione degli *statutes*.

Più sfumata, invece, è la posizione degli Autori che, pur non contestando in radice l'utilità dell'elaborazione di stringenti metodiche ermeneutiche in campo legale, ritengono che la principale problematicità delle stesse discenda dalla circostanza che esse finiscono sempre per risolversi in vere e proprie “*normative*”, i cui criteri di interpretazione ed applicazione sono inevitabilmente indeterminati⁵¹.

⁴⁸ “L'interpretazione in ordine alla quale si contende, dunque, deve essere effettuata, essenzialmente, mediante l'uso di mezzi diversi rispetto all'uso dei *canons*: una buona percezione della situazione e una semplice esegesi del linguaggio disponibile per addivenire al significato della *normativa*, per mezzo di strumenti praticabili”. Analogamente, ritengono che la metodologia interpretativa degli *statutes* costituisca uno strumentario volto all'elaborazione di soluzioni “*ad hoc*” – modellate sulla base delle concrete circostanze in ordine alle quali i giudici assumono le proprie decisioni – piuttosto che un *set* di regole rigide prestabilite, C.N. RASO e W.N. ESKRIDGE, in *Chevron as a Canon, not a Precedent: an Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deference Cases*, in *Columbia Law Review*, 2010; il predetto Autore ritiene che anche laddove sia il Legislatore a stabilire codici ermeneutici vincolanti per i giudici, sufficientemente ricchi e dettagliati, non possano che permanere apprezzabili – e talora irresolubili – “*tensioni*” fra i plurimi criteri interpretativi imposti *ex lege*.

⁴⁹ Così R. POSNER, *Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom*, University of Chicago Law Review, Vol. 50, p. 805

⁵⁰ Così ID, *ibidem*, p. 803.

⁵¹ A. TUTT, in *Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as “Law”*, in *The Yale Law Journal*, 2013, p. 2058, pone la questione nei seguenti termini: dato il “*methodological statute*” M, si ipotizzi che lo stesso preveda l'applicazione della direttiva ermeneutica A rispetto ad uno specifico novero di disposizioni S; è inevitabile che il giudice, prima di applicare A ad S, sia chiamato, in primo luogo, a decidere se la *normativa* sottoposta alla sua interpretazione ricada nella “*definizione*” di S; al contempo, per comprendere se S ricada entro il perimetro applicativo di A, sarà necessario provare ad interpretare proprio A. Ciò posto, TUTT rileva che la principale sfida, nell'ambito *de quo*, è quella di capire in ossequio a quali direttive esegetiche i giudici debbano definire l'ambito applicativo di qualsivoglia *methodological statute* che gli stessi siano chiamati ad applicare. Così ID., *ibidem*: “*Not only must the judge interpret [A] without reference to [A] to decide if it applies to S, but in the process the judge must also interpret S to determine if S falls within the class of statutes subject to [A]*” / “*Non soltanto il giudice deve interpretare [A] senza fare riferimento ad [A] per decidere se si*

7. L'esperienza statunitense nel campo dell'ermeneusi legale: cronache di un mondo "totalmente altro"?

Come si è detto *supra*, ci si può approcciare in vari modi alle molteplici acquisizioni culturali statunitensi concernenti la tematica dell'ermeneusi legale delle quali si è cercato di rendere conto sino a qui.

Si può pensare che la storia delle teoriche interpretative coniate negli U.S.A. non parli in alcun modo di noi: le *interpretive wars* combattute in seno alla *Supreme Court* degli Stati Uniti nulla, dunque, avrebbero a che fare con gli interrogativi che tuttora impensieriscono non poco i giuristi continentali, ed in particolare i penalisti di *civil law*.

D'altronde, non si registrano in seno alla giurisprudenza e alla dottrina penalistica nostrane battaglie ideologiche particolarmente cruente in ordine alle direttive interpretative che il giudice è quotidianamente chiamato ad applicare: in Italia, a ben guardare, si dibatte sui limiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata, di quella conforme al diritto eurounitario o a quello convenzionale; al più, nel campo dello *ius criminale*, si dibatte circa il rilievo ermeneutico che può attribuirsi al principio di offensività.

Breviter: nel nostro paese, né in dottrina né in giurisprudenza si sono mai affermate teoriche quali il *textualism*, il *purposivism* e l'*intentionalism*; il codice ermeneutico del giurista nostrano, in buona sostanza, sembra risolversi in quello positivizzato nelle cosiddette Preleggi, oppure entro sotto-sistemi normativi quali le regole di ermeneutica contrattuale di cui agli articoli 1362 e seguenti del codice civile.

applichi ad S, ma in tale process il giudice deve anche interpretare S per determinare se S ricada nella classe di statutes soggetti ad [A] (traduzione a cura di chi scrive). Il giudice, secondo TUTT, *de facto* si ritrova ad applicare un qualche criterio interpretativo "indipendente" – ossia collocabile al di fuori del codice ermeneutico M – e per concludere se effettivamente si applichi ad S (così ID., *ibidem*). La questione in oggetto è tutt'altro che astratta come si potrebbe pensare. Si ponga mente, ad esempio, ai cosiddetti "Engel criteria", elaborati dalla Corte EDU al fine di stabilire in riferimento a quali istituti debbano trovare applicazione le garanzie di cui agli articoli 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: essi costituiscono, a tutti gli effetti, un complesso di criteri interpretativi (M) funzionali a rilevare se una disposizione sia riconducibile o meno come *criminal law*; invero, il significato, la portata ed il peso da attribuire alle direttive esegetiche ricomprese negli *Engel criteria* rappresenta, a tutt'oggi, materia di dibattito, il che induce a ritenere che la definizione di un novero di "regole definitorie" costituisce, in sé, un'operazione problematica, in particolare laddove dette regole siano ambigue o vaghe.

Tuttavia, per i motivi di cui si dirà *infra*, deve ritenersi che lo scenario dottrinale e giurisprudenziale sin qui esposto presenti molti elementi d'interesse rispetto agli scopi della presente trattazione.

8. Cause e conseguenze dei “cicli vitale” delle teorie dell’ermeneusi legale: un’importante lezione americana per il giurista europeo

La storia delle alterne fortune delle teorie dell’interpretazione legale negli Stati Uniti, di cui sin qui s’è cercato di offrire un quadro sommario, dimostra come ciascuna di esse, con buona probabilità, sia intimamente destinata a non affermarsi mai come il *mainstream*: in particolare, non pare peregrino ipotizzare che qualsivoglia metodica esegetica incentrata sulla valorizzazione di un particolare criterio ermeneutico sia inevitabilmente destinata ad incontrare ostilità diffuse – e ciò proprio per il fatto d’essere programmaticamente imperniata su di una specifica direttiva interpretativa.

Tale specifica problematica, negli U.S.A., è stata oggetto di interessanti riflessioni dottrinali: in tal proposito, *ex plurimis*, è opportuno un articolo pubblicato nel 2016 a firma di KESSLER e POZEN⁵², relativo alle ragioni del processo di ascesi, consolidamento, mutazione e decadenza di teorie prescrittive dell’ermeneusi legale quali l’*originalism*, il *textualism*, il *purposivism*, il *popular constitutionalism* e la cosiddetta *cost-benefit analysis*.

I due Autori ritengono che teorie del calibro di quelle *de quibus* siano intrinsecamente destinate a “*cannibalizzare*” se stesse: siffatto processo “*auto-distruttivo*” non dipenderebbe dalla fragilità dei loro presupposti – non del tutto, quantomeno – ma dalla fisiologica necessità di addivenire a dei compromessi che caratterizza ogni peculiare metodica esegetica⁵³.

⁵² J.K. KESSLER, D.E. POZEN, *Working Themselves Impure: A Life Cycle Theory of Legal Theories*, in *The University of Chicago Law Review*, Vol. 83, 2016, p. 1818. Sulle cause alla base delle alterne fortune delle correnti ermeneutiche, appare opportuno rimandare anche a A. VERMEULE, *The cycles of Statutory Interpretation*, in *The University of Chicago Law Review*, 2001, p. 149.

⁵³ Secondo il modello d’analisi elaborato da ID., *ivi*, a pagina 1823, al tempo T1 ogni nuova corrente di ermeneutica legale introduce nel dibattito dottrinale e nella prassi giudiziaria un “*criterio*” volto alla risoluzione d’una o più problematiche interpretative involgenti rilevanti questioni di carattere politico; al tempo T2, usualmente, vengono elaborate critiche tese a mettere in luce l’incapacità della nuova corrente di assicurare proprio quei valori la cui implementazione – nelle originarie intenzioni dei suoi propugnatori – avrebbe dovuto risolvere le problematiche interpretative sussistenti al tempo T1; al tempo T3, la corrente ermeneutica sottoposta a critiche “*internalizza*” taluni dei rilievi

Un simile fenomeno, nell'ottica di KESSLER e POZEN, vede protagoniste, in particolar modo, le teoriche volte a promuovere la “*depoliticization through proceduralism*”⁵⁴ dell'operato del giudice, ossia la spoliticizzazione dell'attività giurisdizionale per il tramite di istanze stabilite *ex ante*⁵⁵.

Secondo i predetti Autori, siffatta spoliticizzazione, usualmente, è perseguita per il tramite della valorizzazione di una o più istanze alle quali si attribuisce il ruolo di “*criteri ordinatori primi*” (“*first order values*”): sarebbe proprio questo, tuttavia, il vero punto debole delle correnti *de quibus*; l'assolutizzazione di un valore comporta *trade-off* inaccettabili, sulla lunga distanza, e dunque la necessità di elaborare metodologie ermeneutiche maggiormente “*pluraliste*”⁵⁶.

Chi scrive ritiene che l'osservazione *de qua* risponda pienamente a razionalità, e che non possa non essere tenuta seriamente in considerazione ogniqualvolta ci si approccia alla problematica della prevedibilità del diritto penale muovendo dal piano dell'ermeneusi giuridica.

Appartiene al patrimonio di acquisizioni del giurista, d'altronde, la consapevolezza che ad ogni canone ermeneutico sia sotteso un qualche “*valore*”; altrettanto propria della scienza

formulati nei suoi riguardi, così modificando il proprio approccio originario alle problematiche esegetiche al fine di risolvere le quali essa era stata elaborata; ciò comporta l'espansione della sua *constituency* – ossia della base dei suoi sostenitori – al prezzo della sua “*purezza*”; successivamente – in un arco di tempo contrassegnabile come T4 – si ripetono le dinamiche occorse all'epoca di T1, T2 e T3; al momento T5, la corrente sorta al momento T1 finisce per rispecchiare in larga misura i conflitti dottrinali e giurisprudenziali che essa era originariamente deputata a risolvere o prevenire; nell'epoca T6, essa viene abbandonata – più o meno temporaneamente – oppure continua ad essere propugnata nella sua versione “*adulterata*”.

⁵⁴ Così ID, *ivi*, p. 1826.

⁵⁵ Ai fini della presente indagine, il cosiddetto *new-textualism* rappresenta un importante caso di scuola del fenomeno analizzato da KESSLER e POZEN: detta metodica è stata coniata al fine di implementare i valori alla base del *textualism* senza rinunciare agli obiettivi benefici garantiti dal *purposivism*; tuttavia, col tempo le contraddizioni del *new-textualism* sono state tali e tante che esso ha perduto gran parte della propria “*credibilità*” (così ID., *ivi*, p. 1848 e ss).

⁵⁶ Così, ID., *ivi*, p. 1830: “[this] is the implied promise of the theories we describe: by reorienting official practice around new methods or criteria for public law decisionmaking, such theories hold out the hope of resolving politically contentious legal conflicts without reference to the primary values in contention” / ([questa] è la promessa implicita delle teorie oggetto della nostra disamina; orientando la prassi dei pubblici ufficiali [(ed in particolare dei giudici)] attorno a nuovi metodi o criteri ai fini dell'assunzione di decisioni pubbliche, simili teoriche mirano a risolvere i contrasti legali politicamente sensibili senza fare riferimento ai valori confliggenti che ne sono alla base” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive).

giuridica e della prassi giudiziaria, d'altronde, è la tensione ad operare ragionevoli “bilanciamenti” fra i valori occasionalmente in gioco.

Ciò premesso, qualsivoglia teoria dell'interpretazione giuridica volta a valorizzare primariamente un criterio esegetico rischia d'essere fisiologicamente “sbilanciata” in favore di un'istanza in luogo di un'altra: privilegiare al massimo grado possibile la *littera legis*, ad esempio, così da massimizzare l'implementazione dei valori correlati al *rule of law*, rischia di neutralizzare il possibile perseguimento degli scopi sottesi alle normative coniate dal Legislatore; viceversa, garantire sempre e comunque che gli attori appartenenti al sistema politico realizzino i propri obiettivi per il tramite di interpretazioni giudiziali “lasche” – magari compiute alla luce della *legislative history* – rischia di minare la certezza del diritto, nonché – nei casi più problematici – la stessa separazione dei poteri.

È appena il caso di sottolineare, d'altronde, come in campo legale, l'adozione di una specifica metodologia ermeneutica non possa che comportare, più o meno esplicitamente, vere e proprie decisioni in ordine alla migliore allocazione di “potere” fra vari gruppi ed istituzioni⁵⁷; addirittura, persino laddove si intenda compiere una scelta a favore di un particolare soggetto – ad esempio, il Legislatore – molteplici possono essere le scelte che l'interprete può compiere al fine di conservare un'apprezzabile porzione della sua facoltà di creare il diritto⁵⁸.

⁵⁷ Così C.R. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 1996, p. 168 e ss.. Per SUNSTEIN l'adozione di una metodologia ermeneutica, in campo legale, inevitabilmente implica l'effettuazione d'una o più scelte in ordine a come meglio allocare il “potere” fra differenti istituzioni: l'Autore esemplifica il concetto in questione sostenendo che la *deference* prestata dalle Corti statunitensi rispetto all'interpretazione data dalle *Agencies* degli *statutes* che queste ultime sono deputate ad implementare finisce per trasferire il potere di “*elaborare la legge*” dai giudici all'amministrazione; anche il disconoscimento di qualsiasi rilievo, a fini interpretativi, della cosiddetta *legislative history* comporta un trasferimento di “potere” dal Parlamento alle Corti e alle *Agencies*, le quali sono libere di interpretare l'*output* del processo legislativo senza dover tenere in conto nulla di diverso dalla *littera* e dalla *ratio* intrinseca della legge.

⁵⁸ In tal proposito, si rimanda a A.R. GLUCK, *Justice Scalia's Unfinished Business in Statutory Interpretation: Where Textualism's Formalism Gave up*, *Notre Dame Law Review*, p. 2059, ove, in ordine ai canoni ermeneutici volti a valorizzare la potestà normativa del Legislatore, si sottolinea come “*some interpretive tools assume Congress is omniscient, that statutes are drafted well, and aim to serve public notice considerations; other interpretive tools instead aim to figure out what Congress actually wanted, or would have wanted*” / “alcuni strumenti interpretativi muovono dall'assunto che il Congresso sia onnisciente, che gli *statutes* siano redatti bene, valorizzando considerazioni inerenti la conoscenza pubblica del diritto; altri strumenti interpretativi, invece, muovono dall'esigenza di comprendere cosa il Congresso abbia realmente inteso, o cosa avrebbe

Da tutto quanto appena esposto consegue necessariamente che l'elaborazione di una teorica dell'ermeneusi legale comporti sempre decisioni *stricto sensu* “politiche” – di portata capitale, peraltro.

Da un lato, lasciare che siano i giudici ad assumere tali scelte – una volta per tutte oppure in modo ricorrente – non soltanto minerebbe il principio di separazione dei poteri⁵⁹, ma equivarrebbe a rimettere ad un organo tecnocratico – la magistratura – questioni massimamente determinanti per la definizione dell'architettura di un sistema giuridico⁶⁰.

9. La necessità di “testare” la bontà degli insegnamenti tratti dalla disamina dell'esperienza statunitense in materia di *statutory interpretation*

Come già anticipato in precedenza, le lezioni che possono trarsi dall'analisi della storia e delle intime contraddizioni delle metodiche statunitensi di *statutory interpretation* (ed in particolare del *textualism*) possono aiutare – quantomeno a giudizio di chi scrive – a decodificare taluni fenomeni giurisprudenziali nostrani con maggiore precisione rispetto a quanto risulta possibile muovendo dalla tradizionale critica del *gap* sussistente fra i principi

realmente voluto” (traduzione a cura di chi scrive) ; inutile dire, che il primo ordine di strumenti interpretativi limita il potere del giudice, il quale potrà apportare ben pochi correttivi a normative potenzialmente suscettibili d'essere interpretate ortopedicamente ove dovesse risultare irrazionale una loro esegesi letterale; il secondo ordine di direttive ermeneutiche, invece, conserva in capo alla magistratura il potere di razionalizzare lo *ius conditum*.

⁵⁹ Come accennato *supra*, è questo il motivo per cui il giudice SCALIA non ha mai inteso definire una precisa gerarchia fra i *canons* ermeneutici da lui propugnati.

⁶⁰ Questa costituisce una delle principali ragioni per le quali negli Stati Uniti molti esponenti della dottrina sono fermamente contrari all'applicazione della *stare decisis doctrine* anche rispetto alle premesse metodologiche sulle quali si fonda l'attività decisionale dei giudici (*ex plurimis*, si rimanda a E.J. CRIDDLE, G. STASZEWKI, *Against Methodological Stare Decisis*, in *Georgetown Law Review*, 2014, p. 1591: “*interpretive methodology is different from substantive rules of law in several fundamental ways, and it would be severely problematic for federal courts to attempt to freeze interpretive rules into place by applying stare decisis* / “La metodologia interpretativa è diversa dal diritto sostanziale sotto molti aspetti fondamentali, e sarebbe estremamente problematico per le corti federali cercare di congelare le regole interpretative applicando lo *stare decisis*” (traduzione a cura di chi scrive); i predetti autori, a pagina 1594 del predetto contributo, sposano espressamente la tesi per cui la molteplicità delle metodiche interpretative è un fattore che obbliga i giudici a confrontarsi pubblicamente in ordine alla portata ed ai risultati della propria attività, la qual cosa permette agli stessi di raggiungere compromessi ben più preferibili di quello rappresentato da un unanime consenso in ordine alle tecniche di esegesi della legge.

governanti il diritto penale italiano e la loro concreta implementazione nella prassi legislativa e giurisdizionale.

In particolare, l'acquisizione secondo la quale tutti i codici ermeneutici risultano in qualche modo “*disfunzionali*” ove non caratterizzati da una prestabilita “*gerarchia interna*” fra i criteri previsti dagli stessi è un elemento che può aiutare a spiegare il motivo per il quale Autori e giudici di omologa estrazione culturale – dunque adusi a muovere da comuni premesse metodologiche – finiscano, talora, per dividersi – senza speranza di conciliazione alcuna – in ordine a quale sia la corretta interpretazione della medesima disposizione incriminatrice⁶¹.

La problematica dell'eventuale perduranza della rilevanza penale del cosiddetto “*falso in bilancio valutativo*” a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 69/2015 rappresenta un ottimo banco di prova presso il quale testare gli insegnamenti tratti dalla disamina dell'esperienza anglosassone rispetto all'opera di garanzia della *foreseeability* della *criminal law*.

9.1 La rilevanza penale del falso in bilancio valutativo come problema la cui risoluzione mette in evidenza la difficoltà di rendere prevedibile il diritto penale mediante l'ideazione di “griglie ermeneutiche”

Come noto, la Legge n. 69 del 2015 ha apportato rilevanti modifiche all'oggetto delle condotte antiggiuridiche previste dalle fattispecie di “*falso in bilancio*” di cui agli artt. 2621⁶²

⁶¹ D'altro canto, come già affermato *supra*, in Italia non si è mai sviluppato – soprattutto a livello giurisprudenziale – un dibattito realmente conflittuale in ordine a quale sia il codice ermeneutico destinato ad essere applicato dai soggetti deputati alla giurisdizione: tradizionalmente, i criteri interpretativi richiamati dai giudici sono quelli riportati dagli articoli 12 e 14 delle cosiddette “*Preleggi*”; quantomeno astrattamente, dunque, la comunità dei giuristi italiani dovrebbe aver raggiunto un forte consenso rispetto a quale sia la metodica di “*statutory interpretation*” da adottare nell'ambito della prassi giurisdizionale, la qual cosa – sempre in linea teorica – dovrebbe condurre ad una maggiore prevedibilità dell'interpretazione del dato normativo, soprattutto nel campo dello *ius criminale*; d'altro canto, il richiamo alla *littera legis* compiuto da tutti i giudici – ove non costituisca un mero artificio retorico volto a nascondere scelte arbitrarie – dovrebbe fungere da fattore “*ordinante*” e “*limitante*” dell'evoluzione del formante giurisprudenziale.

⁶² Detta disposizione, attualmente, recita quanto segue: “*Fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste*

e 2622⁶³ del codice civile: ci si è dunque chiesti se, in virtù della predetta novella, il cosiddetto “*falso in bilancio valutativo*” sia tuttora penalmente rilevante; l’interrogativo in parola discende dalla circostanza che la riforma *de qua* ha comportato la scomparsa dell’inciso “*ancorché oggetto di valutazioni*” che, nella precedente formulazione delle suddette disposizioni incriminatrici, seguiva la locuzione “*fatti materiali non rispondenti al vero*”⁶⁴.

Dapprima, i giudici di legittimità hanno ritenuto di poter ravvisare un’ipotesi di *abolitio criminis*: essi sono giunti a tale conclusione muovendo da argomenti di carattere letterale, logico-sistematico e storico, affermando apertamente che l’interpretazione teleologica *in malam partem* non debba mai comportare un disconoscimento della *littera legis*.⁶⁵

dalla legge, consapevolmente espongono **fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero** ovvero omettono **fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge** sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni. La stessa pena si applica anche se le falsità o le omissioni riguardano beni posseduti o amministrati dalla società per conto di terzi” (grassetto ad opera di chi scrive).

⁶³ Per quanto qui interessa, il primo comma della disposizione in parola attualmente recita quanto segue: “Gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società emittenti strumenti finanziari ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano o di altro Paese dell’Unione europea, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico consapevolmente espongono **fatti materiali non rispondenti al vero** ovvero omettono **fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge** sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da tre a otto anni” (grassetto ad opera di chi scrive).

⁶⁴ Per un approfondimento della tematica *de qua*, appare opportuno rimandare, *ex plurimis*, a R. BRICHETTI e L. PISTORELLI, *La lenta “scomparsa” del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.* n. 26/2015, 53 ss.; F. D’ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211 e ss.; F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; ID., “*Ancorché*” *superfluo*, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali, *ivi*; F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, *ivi*; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

⁶⁵ Così Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, rel. Miccoli: “il dato testuale e il confronto con la previgente formulazione degli artt. 2621 e 2622 [...] in [...] disarmonia con il diritto penale tributario e con l’art. 2638 cod. civ., sono elementi indicativi della reale volontà legislativa di far venire meno la punibilità dei falsi valutativi”.

In un secondo momento, la V° Sezione della Corte di cassazione, con una sentenza di segno diametralmente contrario rispetto a quello della sopra citata pronuncia, ha stabilito che “*il riferimento ai ‘fatti materiali’ quali possibili oggetti di una falsa rappresentazione della realtà non vale ad escludere la rilevanza penale degli enunciati valutativi, che sono anch’essi predicabili di falsità quando violino criteri di valutazione predeterminati o esibiti in una comunicazione sociale*”⁶⁶.

Le Sezioni Unite, da ultimo, hanno ritenuto che argomenti di carattere teleologico e sistematico impongano di ritenere che i nuovi reati di false comunicazioni sociali puniscano anche il cosiddetto “*falso valutativo*”, senza che a ciò osti in alcun modo la relativa *littera*⁶⁷. In questa sede, non si ritiene di dover addivenire ad una risposta risolutiva in ordine al dilemma esegetico al quale s’è fatto sommariamente cenno: per una disamina approfondita di tutti i suoi risvolti, d’altronde, appare ben più opportuno rimandare ai lavori dottrinali evocati *supra*.

Ciò che davvero rileva ai fini della presente trattazione, invece, è la circostanza che tutte le differenti opzioni interpretative adottate dai summenzionati consessi della Corte di cassazione paiono muovere dal “*bilanciamento*” fra gli stessi criteri ermeneutici: detto altrimenti, sembra quasi che, prestando fede alla medesima “*mappa*”, una pluralità di giudici abbia percorso sentieri completamente diversi, caratterizzati da mete altrettanto variegata.

Ad esempio, le Sezioni Unite, nell’ambito della loro opera ermeneutica, hanno ritenuto d’aver correttamente rispettato la *littera legis* degli articoli 2621 e 2622 del codice civile⁶⁸,

⁶⁶ Così Cass. pen., Sez. V, 12 novembre 2015, Pres. Nappi: “*Quando intervengono in contesti che implicano l’accettazione di parametri di valutazione normativamente determinati o, comunque, tecnicamente indiscussi, gli enunciati valutativi sono idonei ad assolvere una funzione informativa e possono dirsi veri o falsi*”, poiché “*quando la rappresentazione valutativa debba parametrarsi a criteri predeterminati, dalla legge ovvero da prassi universalmente accettate, l’elusione di quei [...] costituisce falsità nel senso di discordanza dal vero legale, ossia dal modello di verità “convenzionale” conseguibile solo con l’osservanza di quei criteri, validi per tutti e da tutti generalmente accettati, il cui rispetto è garanzia di uniformità e di coerenza*”.

⁶⁷ Così Cass. pen., SS.UU., 27 maggio 2016, n. 22474.

⁶⁸ Le SS.UU. – quantomeno nelle proprie intenzioni – non hanno inteso obliterare *tout-court* il dato letterale, privilegiando esclusivamente argomenti di carattere sistematico-teleologico, ma hanno evidentemente – ed espressamente – relativizzato il peso della *littera legis*, così giungendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle espresse dalla giurisprudenza che, in precedenza, aveva ritenuto che il Legislatore, nel 2015, avesse disposto l’*abolitio criminis* della fattispecie di “*falso in bilancio valutativo*”. Sul punto, vale la pena riportare integralmente il seguente passaggio della sentenza n. 22474/2016: “*va subito detto che eccessiva appare l’enfatizzazione [dello*

al pari di quanto ritengono d'aver fatto i giudici di legittimità che hanno ritenuto configurabile l'*abolitio criminis* del falso in bilancio valutativo⁶⁹; addirittura, in dottrina vi è chi ritiene che la tesi dell'avvenuta depenalizzazione sia solo in apparenza aderente al dettato normativo⁷⁰.

strumento ermeneutico rappresentato dalla *littera legis*], atteso che l'interpretazione letterale altro non è che un (indispensabile) "passaggio" funzionale verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo. [...] è certamente corretto l'assunto per il quale, in base all'art. 12 "preleggi", "nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore"; tuttavia non può certo negarsi che proprio l'intenzione del legislatore deve essere "estratta" dall'involucro verbale ("le parole"), attraverso il quale essa è resa nota ai destinatari e all'interprete. Che poi detta intenzione non si identifichi con quella dell'Organo o dell'Ufficio che ha predisposto il testo, ma vada ricercata nella volontà statuale, finalisticamente intesa (come correttamente sostiene la sentenza Giovagnoli) è fuor di dubbio". Le Sezioni Unite, nel prosieguo della pronuncia in oggetto, ritengono, inoltre, che laddove un nuovo testo normativo prenda il posto di uno precedente, operando la mera soppressione di una frase – "peraltro, sintatticamente subordinata – sia di tutta evidenza che uno sforzo ermeneutico destinato ad arrestarsi "all'involucro verbale" e a risolversi "in un'analisi lessicale" non potrebbe dare risultati soddisfacenti.

⁶⁹ D'altro canto, è appena il caso di precisare, una volta di più, quanto il dato letterale – a differenza di quel che ritiene chi sostiene che esso debba costituire la primaria "fonte" di tutti i significati delle disposizioni incriminatrici – si presti a letture d'ogni segno a seconda del contesto al quale esso viene riferito. In un'ottica estremamente riduzionistica, l'aggettivo "materiali", accostato al lemma "fatti", negli articoli 2621 e 2622, può essere inteso come il sinonimo della locuzione "esistente in rerum natura"; il medesimo aggettivo, tuttavia, tenuto conto dell'oggetto materiale cui si riferiscono le suddette disposizioni incriminatrici, può essere alternativamente inteso come l'attributo correlato alla categoria della "materialità" elaborata in seno alle scienze contabili. Sul punto, *ex plurimis*, M.N. MASULLO, *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*: "Si ritiene [...] che il termine "materiale" [...] debba intendersi in senso tecnico, quale espressione del principio di materialità del bilancio ossia quale "essenzialità" del fatto esposto".

⁷⁰ D. PULITANÒ in *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, ritiene che l'indirizzo espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite sia quello che più correttamente è capace di individuare "l'oggetto e il contesto del problema ermeneutico" *de quo*, valorizzando appieno i "possibili significati del linguaggio", le "tradizioni interpretative", la "funzionalità teleologica" e la "coerenza sistematica"; PULITANÒ ritiene che lo stesso non possa dirsi della tesi dell'abrogazione del falso valutativo, affermando – invero "con qualche coloritura retorica", come da lui stesso ammesso – che essa sia in grado di esprimere solo un "apparente feticismo della lettera", posto che la stessa "viene proposta una interpretazione che prescinde da considerazioni di ragionevolezza teleologica e sistematica" (così ID., *ivi*). In campo comparatistico, per delle interessanti riflessioni in ordine alla difficoltà (se non all'irragionevolezza) di fare del *plain meaning* – ossia del chiaro significato letterale – di una norma la principale bussola del giudice penale, si rinvia a C.D. CUNNINGHAM e C.J. FILLMORE, *Using Common Sense: A Linguistic*

Questi ultimi, poi, hanno inteso dare un rilievo risolutivo al dato sistematico⁷¹: detta operazione, tuttavia, pare essere stata condotta anche dalle SS.UU.⁷²

Nelle sentenze favorevoli alla tesi dell'*abolitio*, d'altro canto, il dato teleologico non è stato completamente obliterato: esso, invero, pur ritenuto, in qualche modo, "*sussistente*" e "*rilevante*", è stato ritenuto "*soccombente*"⁷³.

Perspective on Judicial Interpretations of "Use a Firearm", in *Washington University Law Quarterly*, p. 1159; di particolare interesse, nel citato articolo, è la disamina dei conflitti giurisprudenziali e dottrinali sorti negli Stati Uniti in ordine alla configurabilità della circostanza aggravante dell'uso di un'arma da fuoco ("*use of a firearm*") nella commissione di un delitto nel caso in cui una pistola sia oggetto di scambio con un quantitativo di sostanza stupefacente.

⁷¹ In Cass. pen., Sez. V, 22 febbraio 2016, n. 6916, ad esempio, si rileva che l'espressione "*fatti materiali*" sia stata già utilizzata dal Legislatore nella Legge n. 154 del 1991 al fine di circoscrivere l'oggetto del reato di frode fiscale di cui all'art. 4, lett. f) della Legge n. 516 del 1982, "*con il chiaro intento di escludere dall'incriminazione le valutazioni relative alle componenti attive e passive del reddito dichiarato*". Inoltre, nel suddetto arresto si rileva che il citato articolo 4 puniva l'utilizzazione di "*documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero*", nonché il compimento di "*comportamenti fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali*"; siffatte locuzioni – a giudizio dei giudici che hanno composto il collegio che è addivenuto alla decisione *de qua* – correttamente sono state interpretate dalla giurisprudenza come volte a decretare l'irrilevanza penale di qualsiasi valutazione recepita nella dichiarazione dei redditi.

⁷² Le Sezioni Unite hanno ritenuto la perduranza della rilevanza penale del falso in bilancio valutativo valorizzando il peculiare contesto in cui la riforma del reato di "*false comunicazioni sociali*" si è iscritta. Giova riportare il passaggio della decisione in parola in cui siffatto argomento viene meglio esplicitato: "*non può non convenirsi con l'assunto [per cui] se si accedesse alla tesi della non punibilità del falso valutativo, si sarebbe in pratica al cospetto di una interpretatio abrogans del delitto di false comunicazioni sociali e il corpus normativo denominato "Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio" finirebbe per presentare una significativa falla nella sua trama costitutiva, prestandosi a una lettura depotenziata proprio nella parte che dovrebbe essere una delle più qualificanti: quella della trasparenza aziendale, quale strumento di contrasto alla economia sommersa e all'accumulo di fondi occulti, destinati non raramente ad attività corruttive*".

⁷³ Per una disamina delle ragioni che militano a favore della rilevanza d'un forte dato teleologico nell'ambito della problematica interpretativa *de qua*, è opportuno rimandare a M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Rilevanza delle false valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali e limiti esegetici del giudice penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo: "l'argomento teleologico, sebbene in sé non decisivo, è [...] fondato su ragioni fortissime, che impongono di sondare tutte le potenzialità esegetiche strumentali a soddisfare lo scopo della norma e, ancor di più, di escludere quei risultati interpretativi che ne frustrerebbero la funzione sistematica di tutela [...] [L]a lettura estensiva delle nuove norme incriminatrici riacquista credibilità in considerazione del fatto che il concetto di "fatti materiali", nel contesto settoriale specifico nel quale si trova ad essere collocato, risulta astrattamente idoneo ad abbracciare anche i dati valutativi, secondo le cadenze argomentative razionalmente e persuasivamente sviluppate dalla dottrina e dalla Cassazione nella*

Alla luce di tali osservazioni, pare, dunque, di poter osservare che non sempre l'applicazione di un codice interpretativo – anche di quello meno “*composito*”, e dunque di più lineare implementazione – permette a tutti gli operatori del diritto penale di addivenire alle medesime conclusioni, la qual cosa può impedire al valore della *predictability* della *criminal law* di inverarsi.

Viene da chiedersi, allora, quale sia il fattore che determina discrasie di tal tipo: provare ad abbozzare una risposta a tale interrogativo è operazione ineludibile.

L'interessante storia del conflitto giurisprudenziale inerente la problematica dell'attuale rilevanza penale del falso in bilancio valutativo pare insegnarci che l'interpretazione non si risolve nella lettura del dato normativo attraverso una “*griglia*” di direttrici ermeneutiche.

Parafrasando un detto ormai entrato nel linguaggio comune, i criteri interpretativi non si contano, ma si pesano: predicare la valorizzazione del dato letterale e di quello sistematico, in sé, significa ben poco; a fare la differenza è il lavoro di bilanciamento e ponderazione effettuato dall'interprete rispetto ai canoni esegetici dei quali egli intende fruire nell'intelligenza del dettato normativo.

Il fallimento del *textualism*, a ben guardare, consiste proprio in questo: anche ove si ordinassero gerarchicamente tutti i *canons* elaborati da un grande giurista come SCALIA, non si potrebbe impedire al giudice di procedere, in concreto, alla loro ponderazione, la qual cosa costituisce un'operazione dagli esiti mutevoli.

Siffatta mutevolezza pare difficile a spiegarsi ove non si ponga mente alla circostanza che ad ogni criterio interpretativo è sotteso un ben preciso “*valore*”, come s'è rilevato nel paragrafo inerente le ragioni dell'inevitabile declino cui è votata ogni corrente di ermeneutica giudiziale⁷⁴; se, pertanto, ai *canons* sono correlate ben precise istanze valoriali, sarà il bilanciamento di queste ultime a determinare l'*output* dell'attività giurisdizionale.

sentenza Giovagnoli [...] *L'interpretazione estensiva, in altre parole, non si pone 'al di fuori' della lettera della legge interpretata conformemente ai criteri ermeneutici delineati dall'art. 12 prel. e non costituisce un caso di applicazione analogica in malam partem nel diritto penale*”.

⁷⁴ Giova rammentare anche in questa sede, a mo' d'esempio, che – nel campo dello *ius criminale* come in altre branche normative – la valorizzazione della *littera legis* risponde all'esigenza di garantire la massima implementazione possibile del principio di separazione dei poteri e di legalità, minimizzando il potere dei giudici; una forte applicazione del criterio teleologico risponde all'esigenza *lato sensu* “*politica*” di massimizzare l'efficacia delle disposizioni poste dal Legislatore, anche al costo di consentire un maggior margine d'azione alla magistratura; il criterio “*sistematico*” mira a soddisfare l'esigenza di attribuire il carattere della “*coerenza*” ad un sistema legale,

Ritornando al banco di prova della riforma degli articoli 2621 e 2622 del codice civile, potrebbe dirsi, ad esempio, che non rileva l'astratta adozione del *canon* dell'interpretazione letterale, bensì quanto si intenda bilanciarne le relative ragioni di fondo con quelle proprie di un'interpretazione sistematicamente e teleologicamente orientata.

Ai fini della risoluzione del problema oggetto della presente trattazione, dunque, non pare determinante la pura e semplice implementazione di un codice ermeneutico di marca testualista, più o meno dettagliato: ad assumere un valore assorbente, invece, sono le cadenze argomentative in virtù delle quali possono giustificarsi i bilanciamenti che l'interprete inevitabilmente compie nel procedere all'esegesi di una disposizione normativa.

10. Una strada alternativa a quella dell'implementazione dell'ideologia testualista in diritto penale: l'applicazione della *rule of lenity*

Il penalista appartiene ad una categoria di giuristi che non può limitarsi a prendere atto di conclusioni come quelle di cui sopra.

In diritto penale, infatti, l'esigenza di garantire ai consociati una *fair notice* in ordine a cosa sia proibito e cosa no è troppo rilevante perché l'esito dell'interpretazione delle disposizioni incriminatrici sia rimesso completamente al bilanciamento delle istanze ermeneutiche ponderate dai giudici di merito e di legittimità.

Nel prosieguo della trattazione, pertanto, ci si chiederà se la scelta di un canon "*forte*" quale la *rule of lenity* sia efficace – nonché opportuna – rispetto al fine di garantire la massima foreseeability possibile dello *ius criminale*.

consentendo ai soggetti esercenti la giurisdizione di implementare propri canoni di razionalità sistemica.

14. La *lenity rule*: una possibile soluzione per garantire la *foreseeability* del diritto penale. Una strada praticabile e compatibile con il ruolo assegnato al giudice?

1. L'adozione di canoni ermeneutici volti a restringere il campo applicativo delle disposizioni incriminatrici e ad ampliare il perimetro d'operatività delle *defences*: una soluzione di buonsenso? –

2. Le radici assiologiche del criterio della *strict construction* in campo penale – 2.1. La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *strictness* dell'interpretazione della legge penale – 3. Il rilievo del *canon* della *strict construction* nella cultura giuridica di *common law* – 3.1. Portata e fortuna applicativa della *rule of lenity* – 3.1.1. *United States c. Wiltberger* – 3.1.2. *McBoyle c. United States* – 3.1.3. *Bell v. United States* – 3.2. Le critiche formulabili agli arresti di cui sopra – 3.3. Le più recenti critiche della dottrina statunitense alla *lenity rule* – 4. L'adozione di canoni ermeneutici improntati a *strictness*: idea tecnicamente poco meditata o semplicemente inopportuna? – 5. Il ruolo assegnato al giudice nel nostro ordinamento e la compatibilità con esso della *lenity rule* – 5.1. La necessità di garantire la conoscibilità della legge penale posta in relazione ai fini dell'ordinamento giuridico inteso come “*soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all'art. 3, secondo comma*” della Costituzione – 5.2. Risposta ad alcune possibili obiezioni alla tesi secondo cui nella sentenza n. 364/1988 la Corte costituzionale abbia inteso escludere alcun rilievo alla cosiddetta *rule of lenity* – 5.3. La giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine ai presupposti per dichiarare la scusabilità dell'ignoranza della legge penale come ulteriore conferma dell'inidoneità dei principi espressi nella sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale a imporre, di per sé soli, l'adozione di canoni ermeneutici di tipo restrittivo – 5.3.1. Il bilanciamento d'interessi sotteso all'inescusabilità del “*dubium de legis*” e le sue ripercussioni in ordine alla cultura della *construction* della fattispecie penale – 5.4 La causa di esclusione della punibilità di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 74/2000 come eccezione all'orientamento secondo cui il dubbio in ordine alla penale rilevanza di una condotta non esclude la colpevolezza del soggetto agente: una ratifica legislativa dell'irrilevanza del *dubium de juris*? – 6. La fisiologica pluralità delle istanze cui è improntata l'amministrazione della giustizia – anche di quella penale

1. L'adozione di canoni ermeneutici volti a restringere il campo applicativo delle disposizioni incriminatrici e ad ampliare il perimetro d'operatività delle *defences*: una soluzione di buonsenso?

Nel panorama dottrinale italiano, negli ultimi anni, si sono moltiplicate le voci favorevoli all'adozione di tecniche ermeneutiche tese a minimizzare – se non ad annullare completamente – le ambiguità della legge penale¹.

In particolare, si riscontrano molteplici consensi in ordine all'idea di far incombere in capo al giudice l'obbligo di interpretare restrittivamente le disposizioni incriminatrici, così da valorizzare esclusivamente la *littera legis* e da rifuggire l'adozione di “*tecniche interpretative ed argomentative ad alto tasso di tecnicismo*”².

È appena il caso di rilevare che, sino ad ora, analoga fortuna non pare essere stata riscossa in Italia dalla regola interpretativa secondo cui le disposizioni che prevedono *defences* debbano essere “*broadly construed*” – ossia interpretate estensivamente: la carenza d'attenzione da parte della dottrina italiana in ordine ad un *canon* di tale rilevanza non pare giustificabile né comprensibile, se non alla luce di ragioni di carattere puramente contingente³.

Ciò detto, in virtù del principio secondo cui le fattispecie di reato debbano essere *strictly construed* – principio declinabile in molteplici modi, come si vedrà nel prosieguo – si ritiene di poter eliminare *once and for all* le cosiddette “*zone grigie*” che sussistono fra l'area di ciò che risulta con ragionevole certezza penalmente rilevante e ciò che, invece, altrettanto sicuramente non lo è.

La proposta dottrinale in oggetto, nell'opinione dei più, presenta indubbi profili d'attrattiva, e non solo perché apparentemente idonea ad offrire una soluzione pratica, di buonsenso, a

¹ Per un'efficace disamina del peculiare rilievo attribuibile al criterio ermeneutico dell'interpretazione restrittiva in diritto penale – in particolar modo per quanto concerne le questioni esegetiche che involgono il diritto eurounitario – V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, Cass. pen., 2010, p. 107 e ss..

² G. PINO, *Legalità penale e Rule of Law in L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO, V. VILLA, Bologna, 2016: “*Dal punto di vista dell'interpretazione delle disposizioni penali, le esigenze del Rule of Law richiedono una adesione quanto maggiore possibile al significato letterale della disposizione legislativa (quale sarebbe ragionevolmente compreso da un parlante medio [...]) e la tendenziale esclusione del ricorso a tecniche interpretative ed argomentative ad alto tasso di tecnicismo giuridico*”.

³ Può ipotizzarsi che la poca attenzione riservata dalla dottrina italiana in ordine al *canon* dell'interpretazione estensiva delle disposizioni che prevedono *defences* dipenda da un mero accidente storico, ossia dal fatto che la Corte europea dei diritti dell'uomo non abbia mai pronunciato una sentenza di condanna dello Stato italiano dovuta ad una violazione dell'art. 7 della CEDU scaturita dall'imprevedibile restrizione in via ermeneutica del campo applicativo d'una qualche scriminante o condizione di non punibilità.

problematiche giuridiche sovente atte ad originare conflitti giurisprudenziali la cui annosità appare tanto più preoccupante quanto più si pone mente al particolare campo entro i quali essi maturano, ossia quello del diritto penale.

Qualsivoglia criterio di interpretazione restrittiva, ad un'analisi pur sommaria, non può che essere visto come un utile “*rasoio di Occam*”, capace di escludere in radice le più dubbie ipotesi ricostruttive del dettato normativo penalistico, e dunque idoneo a “*tassativizzare*” le disposizioni incriminatrici.

2. Le radici assiologiche del criterio della *strict construction* in campo penale

La legittimità della *strict construction* delle fattispecie di reato pare legittimarsi, invero, non soltanto in virtù degli auspicabili risultati da essa prodotti in termini di certezza del diritto penale, ma anche – o forse soprattutto – alla luce della circostanza che nell'ambito dello *ius criminale* ogni mezzo appare concesso – forse dovuto? – per garantire il valore della prevedibilità dei delitti e delle pene: tale considerazione pare poggiarsi sui medesimi presupposti culturali delle più avvertite teoriche in materia di ermeneutica legale.

A tal proposito, va rammentato che – come affermato da autorevole dottrina statunitense – la scelta di un modello interpretativo non deve essere orientata a ricercare il mero significato delle parole integranti una o più proposizioni, bensì dipende strettamente dalla natura del dominio comunicativo nell'ambito del quale esso deve trovare applicazione (ad esempio, nel campo della “*bellezza*”, sono gli *standard* estetici ad orientare la scelta della metodica interpretativa)⁴: la selezione d'una metodologia ermeneutica in un campo “*morale e normativo*” come quello legale, secondo HOROWITZ, non può che essere influenzata da considerazioni di analogo carattere⁵, e dunque va inquadrata come “*a morally significant choice*”⁶: in particolare, a parere del predetto Autore, “*judicial decisions typically involves*

⁴ Così A. HOROWITZ, *Legal interpretation, Morality and Semantic Feticism* in *American Philosophical Quarterly*, University of Illinois Press, 2000, p. 340. Nei medesimi termini, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 369, così come citato da D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”. Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, *La legislazione penale*, 2017, p. 1: “[i]n ogni settore del diritto la vaghezza delle norme solleva problemi specifici, ignoti negli altri settori”.

⁵ ID, *ibidem*

⁶ ID, *ibidem*

*rights, conflict resolution, punishments [...] what matters most with respect to decisions on such matters is whether the results are just, fair and moral*⁷.

Ciò posto, stando al *background* valoriale della moderna scienza giuridica, l'esigenza di *justness, fairness e morality* delle decisioni giudiziali è particolarmente urgente nel campo della *criminal law*⁸: l'obbligo di interpretazione restrittiva delle disposizioni incriminatrici – o, comunque, quello di sciogliere ogni ambiguità interpretativa in favore dell'imputato – appare, dunque, il dispositivo ermeneutico ideale per conseguire la realizzazione dei predetti valori, tutti riassumibili mediante il concetto di “*garantismo*”⁹.

⁷ “*Le decisioni giudiziali, tipicamente, concernono diritti, la risoluzione di conflitti, punizioni [...] Ciò che importa maggiormente in ordine alle decisioni adottate rispetto a tali questioni è se i risultati siano giusti, equi e morali*” (così ID, *Legal interpretation, Morality and Semantic Feticism*, p. 342, traduzione a cura di chi scrive). HOROWITZ sostiene, altresì, che la decisione del giudice abbia sempre un significato morale: questi, per capire come procedere a corrette interpretazioni, deve dotarsi di una dottrina morale “abbastanza completa”, individuando le “funzioni ermeneutiche” appropriate rispetto a ciascun dominio legale, in ossequio alla natura di ciascuna fonte del diritto, di modo da assegnare il più corretto peso relativo ai differenti principi interpretativi implementati, determinando fra di essi una precisa gerarchia (così ID, *Legal Interpretation, Morality and Semantic Feticism*, p. 343). Si muove, sostanzialmente, entro tali coordinate M. DONINI allorché ritiene che, entro il dominio del diritto penale, “*non c'è [...] una diversità della 'natura' del diritto, ma nei doveri del giudice e dell'interprete per ragioni di garanzia*”, aggiungendo che “*nel declinare questa garanzia [...] i diritti dell'imputato sono costituzionalmente prevalenti rispetto a quelli della vittima, giacché questi ultimi sono già stati contemplati attraverso il principio di legalità*” (così ID., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale* in B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR, D. PULITANÒ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, p. 90).

⁸ In tal senso, S. KLOEPFER in *The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law*, in *Ottawa Law Review*, p. 553, per il quale è inevitabile che principi legali come quelli sottesi alla metodologia ermeneutica della *strict construction* evolvano nell'ambito di sistemi legali moralmente fondati sul rispetto della dignità individuale e – quantomeno formalmente – sulla legge scritta; ID., *ivi*, p. 570, ritiene che sia controintuitivo che un'interpretazione delle fattispecie incriminatrici “*liberal*”, volta alla promozione del bene comune conduca “*to more persons being sent to jail more expediently and for longer terms*”.

⁹ Per una definizione di *garantismo* come d'un valore che si inverte allorché la legge “*genera posizioni attive in capo all'imputato*” F. MORELLI, *Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità: contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate*, *Criminalia*, 2014, p. 145. E' appena il caso di precisare, oltretutto, che la *lenity rule* è stata ritenuta da Autori di estrazione culturale anglosassone un valido dispositivo per contenere l'eccessiva discrezionalità che verrebbe *de facto* affidata alle autorità inquirenti ove la *criminal law* potesse essere interpretata “*broadly*”, secondo coordinate esegetiche lasche – sul punto si rimanda a J.L. DIAMOND, *Reviving Lenity and Honest Belief at The boundaries of Criminal Law*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2010, p. 1.

Ciò premesso, è opportuno chiedersi se la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo si muovano o meno entro il predetto solco ideologico.

Come s'è detto al principio della presente trattazione, la Corte costituzionale sembra aver espresso il proprio favore, sino ad oggi, ad una metodologia ermeneutica di stampo tradizionale, tesa a valorizzare prima di tutto la *littera legis* ed il contesto entro il quale è collocata la disposizione penale oggetto di interpretazione, nonché lo scopo perseguito dal Legislatore; fra i *canons* in oggetto la Consulta non ha mai espressamente evocato regole di *strict construction*.

È appena il caso di chiedersi, a questo punto, se la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sua opera di implementazione del dettato normativo dell'art. 7 della C.E.D.U., si sia mossa in ossequio a coordinate diverse.

2.1. La posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di *strictness* dell'interpretazione della legge penale

La Corte EDU ha stabilito che non può riscontrarsi il requisito della prevedibilità dell'interpretazione di una legge penale nei casi di “*extensive interpretations of criminal law to the accused's disadvantage*”.

Autorevole dottrina ritiene che i giudici di Strasburgo, col predetto asserto, abbiano inteso imporre l'adozione di canoni ermeneutici improntati a *strictness* nel campo dello *ius criminale*¹⁰; invero, a giudicare dal tenore degli arresti entro i quali è stato espresso l'anzidetto principio, non pare di potersi sposare una simile conclusione.

In primo luogo, non va dimenticato che l'ottica della Corte europea dei diritti dell'uomo – allorché essa giustifica l'articolo 7 della C.E.D.U. – non è mai, come s'è detto in precedenza, quella di fissare una precisa criteriologia cui ci si debba attenere in sede giurisdizionale nell'opera esegetica delle disposizioni penali.

Lo scopo della Corte, infatti, è unicamente quello di accertare se il ricorrente che l'ha adita, all'epoca in cui lo stesso ha tenuto la condotta successivamente contestatagli come reato, potesse essere in grado di prevedere la punizione inflittagli in relazione al suo comportamento.

¹⁰ Secondo tale interpretazione del dettato giurisdizionale in parola, la Corte EDU avrebbe pienamente assimilato l'interpretazione estensiva delle fattispecie incriminatrici alla loro applicazione analogica, finendo per vietare entrambe.

Ciò debitamente precisato, va comunque rilevato che, nell’ottica della Corte europea dei diritti dell’uomo, i casi in cui un’interpretazione estensiva *in malam partem* delle disposizioni incriminatrici non può dar luogo ad una condanna sono due: essa sarebbe vietata sia quando “*stems from an unforeseeable case-law reversal*”¹¹ che nei casi di “*interpretation by analogy which is incompatible with the essence of the offence*”¹².

Una piana lettura degli arresti *de quibus* consente di riscontrare che, agli occhi dei giudici di Strasburgo, l’interpretazione estensiva *in malam partem* della *criminal law* possa presentare profili di criticità, in termini di “*foreseeability*”, soltanto quando la stessa sia “*unforeseeable*”.

Trattasi, con tutta evidenza, di un’asserzione dal tenore tautologico, volta a precludere l’inflizione di una pena sulla base di una “*extensive interpretation*” che possa dirsi imprevedibile, e non la pronuncia d’una qualsivoglia condanna fondata su di una “*extensive interpretation*” *tout-court*.

La Corte europea dei diritti dell’uomo, oltretutto, non soltanto non sembra precludere al giudice di procedere ad interpretazioni estensive *in malam partem*, ma addirittura appare legittimare le interpretazioni analogiche: non può giungersi a diverse conclusioni sul punto, posto che i giudici di Strasburgo, come riportato *supra*, hanno stabilito che su di un’analogia *foreseeable* può fondarsi una punizione di carattere penale, quantomeno nel caso in cui questa presenti tratti di compatibilità con l’essenza dell’offesa punita dalla disposizione incriminatrice di volta in volta rilevante.

Potrebbe ritenersi, in astratto, che la Corte EDU assuma siffatta posizione in ragione delle marcate influenze della cultura di *common law* sull’operato dei giudici che ne fanno parte: è ormai un *refrain* noto a tutti, d’altronde, quello secondo cui l’articolo 7 della C.E.D.U., *in action*, sia destinato a conoscere declinazioni frutto d’una sorta di ibridazione fra la tradizione di *civil law* e quella anglosassone.

Invero, siffatta tesi – alla luce di quanto si dirà *infra* – pare scorretta sotto più di un profilo.

3. Il rilievo del *canon della strict construction* nella cultura giuridica di *common law*

¹¹ Ossia “*quando derivi da un imprevedibile mutamento giurisprudenziale*” (traduzione a cura di chi scrive). Così *Dragotoniū e Militaru-Pidhorni c. Romania*, n. 77193/01 e 77196/01, Corte EDU, 24 maggio 2007

¹² Ossia nei casi di “*interpretazione analogica incompatibile con l’essenza dell’offesa*” *Vasiliauskas c. Lituania, Grande Chambre*, n. 35343/05, Corte EDU, 2015

Per quanto possa suonare controintuitivo, nella tradizione giuridica dei paesi anglosassoni si sono affermati – a partire dal diciassettesimo secolo – canoni ermeneutici di tipo restrittivo nell’ambito dello *ius criminale*, al fine di garantire al massimo grado le esigenze di *foreseeability* dei delitti e delle pene, nonché valori di primaria importanza quali la separazione dei poteri e la *rule of law*.

Trattasi, come si dirà *infra*, di una tradizione esegetica plurisecolare: non può negarsi, pertanto, che dalla disamina di costumi interpretativi così antichi e talmente consolidati nella coscienza giuridica dei paesi di *common law* possano emergere elementi utili al fine di valutare con piena cognizione di causa se la dottrina nostrana sia nel giusto nell’attribuire al canone dell’“*obbligo di interpretazione restrittiva*” l’idoneità a garantire ai consociati una piena conoscibilità del contenuto delle disposizioni incriminatrici.

3.1. Portata e fortuna applicativa della *rule of lenity*

Nel mondo giuridico anglosassone, si è cercato di realizzare l’istanza di *fairness* di cui sopra principalmente adottando la cosiddetta “*rule of lenity*”¹³; la locuzione inglese con cui suole indicarsi tale canone ermeneutico può essere tradotta, letteralmente, con l’espressione “*regola di clemenza*”.

Secondo la c.d. versione tradizionale di tale *canon*, la legge penale, qualora presenti un qualsivoglia tasso di ambiguità, va interpretata restrittivamente, in favore dell’imputato ed a sfavore “*dello Stato*”.

L’antica regola ermeneutica in oggetto è stata così espressa nella dottrina statunitense: “*penal statutes should be strictly construed against the government or parties seeking to enforce statutory penalties and in favor of the persons on whom penalties are sought to be imposed*”¹⁴.

¹³ Per una definizione della *rule of lenity*, si rimanda a S.J. FRIEDMAN, *Criminal Law – Strict Construction of Penal Statutes*, in *Louisiana Law Review*, 1960, p. 600.

¹⁴ “*Le disposizioni normative penali devono essere interpretate restrittivamente contro il governo o le parti che chiedono l’applicazione delle sanzioni di legge ed in favore delle persone verso le quali si cerca di imporre le sanzioni*” (traduzione a cura di chi scrive) – (così N. J. SINGER, *Statutes and statutory construction*, 2001, p. 125).

Per quanto concerne il panorama giuridico d'oltreoceano, sul quale qui ci si soffermerà, la Corte suprema statunitense ha applicato la regola interpretativa *de qua* a partire dal 1820, ossia dal caso *United States c. Wiltberger*, mutuandola dalla giurisprudenza delle corti britanniche, le quali l'avevano elaborata – fra il diciassettesimo ed il diciottesimo secolo – allo scopo di prevenire l'applicazione di trattamenti sanzionatori di carattere draconiano rispetto a fatti di carattere bagatellare, quali il furto di pecore o d'altri capi di bestiame¹⁵.

È appena il caso di rilevare, tuttavia, che la *rule of lenity* di stampo tradizionale – nonostante appaia come una prescrizione sufficientemente chiara e, pertanto, insuscettibile di implementazioni discutibili o problematiche – è stata sovente applicata con esiti talvolta a dir poco incongrui, e ciò già nell'ambito di arresti inquadrabili come “*archetipici*”.

Al fine di giustificare la predetta asserzione, conviene muovere proprio dal sopra citato caso, *United States c. Wiltberger*¹⁶.

3.1.1. *United States c. Wiltberger*

Nella pronuncia in esame, la Corte suprema statunitense ha stabilito che la disposizione normativa di uno *statute* volta a garantire l'esercizio della giurisdizione penale in ordine agli omicidi colposi commessi “*in alto mare*”¹⁷ non possa applicarsi ad una condotta integrante lo stesso illecito tenuto su di una nave ancorata in un fiume.

I giudici americani sono giunti a siffatta conclusione nonostante il dettato di un altro articolo del medesimo *statute* prevedesse la giurisdizione penale in ordine agli omicidi dolosi commessi non solo “*in alto mare*”, ma anche presso “*un fiume, un porto, un bacino o una baia*”¹⁸.

La *Supreme Court*, nel caso di specie, s'è peritata di sottolineare come fosse difficile attribuire al Legislatore statunitense l'intento di garantire una giurisdizione più ampia in ordine al reato di omicidio volontario, rispetto a quello di omicidio colposo.

¹⁵ Era d'uso fra i giudici inglesi, nel diciassettesimo secolo, riferirsi alla *rule of lenity* come ad un canone ermeneutico in *favorem vitae*. Le informazioni riportate sono tratte da *The New Rule of Lenity*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, n. 8/2006, p. 2420.

¹⁶ 18 U.S. (5 Wheat) 76 (1820)

¹⁷ Traduzione del testo dello *statute* citato in sentenza a cura di chi scrive.

¹⁸ *Idem*.

Nonostante l'incongruenza riscontrata, tuttavia, i giudici americani si sono sentiti costretti dalla *rule of lenity* ad aderire alla *littera legis*, così non dando peso ad alcuna esigenza di carattere sistematico nella loro ermeneusi.

3.1.2. *McBoyle c. United States*

*McBoyle c. United States*¹⁹ rappresenta un altro interessante caso archetipico in materia di *lenity rule*: nella pronuncia in questione il Giudice Holmes ha stabilito che una disposizione normativa volta a criminalizzare il trasporto di un motoveicolo rubato – definito come “*un’automobile... o qualunque altro tipo di veicolo semovente non destinato a spostarsi lungo rotaie*”²⁰ – non sia destinata ad applicarsi al furto di un aeroplano.

A parere della Corte suprema degli Stati Uniti, infatti, la definizione di cui sopra sarebbe idonea ad evocare alla mente solamente l’immagine di veicoli che si muovono sul terreno, e dunque nell’ambito applicativo della disposizione in oggetto mai potrebbero rientrare gli aerei.

Una simile conclusione, ad un’attenta analisi, può apparire ben più problematica di come restituita da Holmes: per quale motivo, infatti, un aeroplano non dovrebbe essere qualificato come “*un veicolo semovente non destinato a spostarsi lungo rotaie*”? Cos’è che attribuisce a tale definizione quel carattere di ambiguità che ha spinto la *Supreme Court* ad applicare la *rule of lenity*?

È evidente che, nel caso di specie, la semplice indicazione di mezzi quali “*l’automobile*” come oggetto materiale del reato previsto dallo *statute* di cui sopra – posta a fini esemplificativi – è stata ritenuta idonea ad introdurre un qualificato dubbio interpretativo, da sciogliere mediante un’interpretazione restrittiva favorevole all’imputato.

Può arrivare a dirsi che la presenza della *rule of lenity* nello strumentario ermeneutico della Corte suprema, nel caso di specie, abbia catalizzato un’incertezza che, altrimenti, mai si sarebbe manifestata ove si fosse prestato ossequio esclusivamente al significato letterale della disposizione incriminatrice rilevante in *McBoyle*?

3.1.3. *Bell v. United States*

¹⁹ 283 U.S. 25 (1955)

²⁰ *Idem*

In *Bell v. United States*²¹, la Corte Suprema statunitense ha stabilito che uno *statute* volto a punire chiunque trasporti “nell’ambito di traffici inter-statali o esteri [...] qualunque donna o ragazza a scopo di prostituzione”²² sia formulato in guisa da imporre che un soggetto che abbia trasportato due donne nel medesimo veicolo possa essere imputato di una sola violazione.

La conclusione cui sono pervenuti i giudici della *Supreme Court* discende dalla specifica modalità con cui il Legislatore ha inteso riferirsi alle persone offese della fattispecie *de qua*, evocandole al singolare (“*any woman or girl*”): tanto è bastato, per i giudici americani, per ritenere applicabile la *lenity rule* nel senso di cui sopra.

3.2. Le critiche formulabili agli arresti di cui sopra

Appare utile qualche riflessione in ordine a quanto può ricavarsi dalla risalente *case-law* sin qui esposta.

United States c. Wiltberger sembra essere, fra quelli citati, il caso meno problematico: il Legislatore statunitense, avendo predicato la giurisdizione penale solo in determinati casi e non in altri, ha effettuato un’opera normativa entro limiti irrazionali, ma adoperando una *littera* talmente “*angusta*” che forse, a ben guardare, la *lenity* non ha giocato alcun ruolo dirimente nel processo ermeneutico della *Supreme Court*.

McBoyle c. United States è un caso maggiormente degno di attenzione: la lettera del “*National Motor Vehicle Theft Act*”, in linea di principio, non escludeva l’applicabilità dello stesso anche agli aeroplani; la *lenity rule*, tuttavia, ha catalizzato dubbi che la definizione dell’oggetto materiale del reato prevista dal nomoteta statunitense, forse, avrebbe dovuto impedire di far sorgere; tali dubbi, evidentemente, muovono dalla rilevazione di alcuni “*indici di sospetto*” – consistenti nell’espressa menzione, a fini esemplificativi, di una serie di veicoli che si muovono su terra, nonché nell’idea che, nel linguaggio comune, “*veichle*” sia lemma associabile sì a mezzi di locomozione semoventi, ma solo a quelli inidonei al volo; in virtù di tali indici, dunque, nel caso di specie ha trovato spazio l’istanza di *strict construction* espressa dalla *lenity rule*.

²¹ 349 U.S. 81 (1955)

²² *Idem*

Infine, *Bell v. United States* è un esempio di come la *lenity rule*, se applicata *sine grano salis*, finisca per condurre ad esiti francamente irricevibili, fondati sulla valorizzazione di dubbi interpretativi assolutamente irragionevoli.

Anche nella dottrina statunitense le predette pronunce hanno destato più di una perplessità²³.

3.3. Le più recenti critiche della dottrina statunitense alla *lenity rule*

La *case-law supra* esaminata, alla luce di quanto rilevato, manifesta il principale rischio connesso ad una piena implementazione della versione tradizionale della *lenity rule*.

Un conto, infatti, è sciogliere un dubbio esegetico necessariamente a favore di una parte prestabilita – l'imputato – seguendo una direttiva ermeneutica a ciò preposta; altro conto, invece, è finire per considerare qualsivoglia ambiguità, sia pur minima, come un dilemma alla cui risoluzione si deve procedere limitando il campo d'applicazione delle disposizioni normative penali secondo modalità irrazionali²⁴.

²³ “*These cases illustrate the scope and force of the traditional rule of lenity – the rule as it was applied until roughly the 1970s. The Court would fide ambiguity and adopt a narrow construction even when it seemed illogical (Wiltberger), contrary to the literal language of the statute (Mc Boyle), or likely to frustrate congressional purpose (Bell)*” / “*Questi casi illustrano l’ambito e la forza della rule of lenity tradizionale – la regola così come applicata fino, all’incirca, agli anni ’70. La Corte avrebbe riscontrato ambiguità e avrebbe adottato un’interpretazione restrittiva anche ove fosse sembrato illogico (Wiltberger), contrario al significato letterale della legge (McBoyle) o idoneo a frustrare con buona probabilità lo scopo del legislatore (Bell)*” (traduzione a cura di chi scrive) (così *The New Rule of Lenity*, in *Harvard Law Review*, p. 2423).

²⁴ Al fine di prevenire gli esiti irrazionali potenzialmente discendenti da una rigida applicazione della *lenity rule*, i Legislatori di molti stati facenti parte degli U.S.A. hanno adottato leggi volte a mettere al bando la predetta direttiva ermeneutica: talune delle normative *de quibus* prevedono che, in sede giudiziale, ogni *criminal statute* sia interpretato “*according to the fair meaning of [its] terms*”, ossia in accordo al significato che più equamente gli si possa riconoscere; il divieto di *leniency*, in altri casi, è stato formalizzato imponendo al giudice di applicare le disposizioni penali “*to promote justice and effect the object of the law*”, ossia di modo da promuovere la giustizia e implementare gli scopi della legge. Per una disamina delle “*messe al bando*” della *lenity rule*, J.A. LOVE, *Fair Notice about Fair Notice*, in *The Yale Law Journal*, 2012, p. 2395. Di converso, per una disamina del tentativo dello Stato del Texas di implementare una versione equilibrata della *rule of lenity*, si rimanda a P.J. LARKIN JR. e J.M. SEIBLER, *Turning the Rule of Lenity Into a Rule of Lenity*, in *Legal memorandum*, 2015, p. 1.

Rispetto alla problematica in oggetto, d'altronde, è buona norma non dimenticare – per usare le parole del Giudice HOLMES – che “*to rest upon a formula is a slumber that prolonged means death*”²⁵.

La Corte suprema degli Stati Uniti, conscia del rischio sopra evocato, ha stabilito che “[*the rule of lenity*] *only serves as an aid for resolving an ambiguity; it is not to be used to beget one. ... The rule comes into operation at the end of the process of construing what Congress has expressed, not at the beginning as an overriding consideration of being lenient to wrongdoers*”²⁶.

In altre occasioni, la *Supreme Court* ha affermato che la *rule of lenity* “*comes into play only if, after seizing everything from which aid can be derived [the Court] can make no more than a guess as to what Congress intended*”²⁷.

La versione debole, “*weaker*” della *rule of lenity*, così come espressa nelle massime appena citate, merita più di una riflessione.

In primo luogo, alla luce di tutto quanto detto *supra*, va detto che disconoscere alla *rule of lenity* la natura di criterio ermeneutico assolutamente prioritario, al quale attenersi incondizionatamente nell'interpretazione di uno *statute* in campo penale, può apparire più che ragionevole.

²⁵ “*Contare troppo su di una formula rappresenta un sonno che, prolungato, significa la morte*” (traduzione a cura di chi scrive)

²⁶ “*La rule of lenity serve solo come un ausilio per sciogliere un'ambiguità: non deve essere usata per generarne una... La regola entra in azione alla fine del processo d'interpretazione di ciò che il Congresso ha espresso, non all'inizio, come fosse una considerazione prioritaria, volta ad imporre di essere clementi nei confronti di chi trasgredisce la legge*” (traduzione a cura di chi scrive).

²⁷ *La rule of lenity* “*entra in gioco solo se, dopo l'esame di tutto quanto possa essere d'aiuto, la Corte non può fare più di una scommessa in ordine a quanto intendesse dire il Parlamento*” (traduzione a cura di chi scrive del summenzionato passaggio di *Smith v. United States*, 508 U.S. 223, 239 (1993)). Degne di nota sono anche le parole del giudice MARSHALL nella sentenza *U.S. v. Hartwell*, 73 U.S. 385, 395 (1868): “[w]e are not unmindful that penal laws are to be construed strictly [But] the proper course in all cases is to adopt that sense of the word which best harmonizes with the context, and promotes in the fullest manner the policy and objects of the legislature” / “*Siamo avvertiti della circostanza che le leggi penali debbano essere interpretate restrittivamente. [Ma] la strada più appropriata da seguire impone di attribuire alle parole delle disposizioni incriminatrici il senso che meglio si armonizza con il contesto e che promuove pienamente la politica e gli obiettivi del Legislatore*” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive). Per un'accurata disamina della maggior parte delle possibili declinazioni della *rule of lenity*, si rinvia a S. WISOTSKY, *How to Interpret Statutes – Or Not: Plain Meaning and Other Phantoms*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, 2009, p. 321.

Il fatto che la “*clemenza*” del giudice debba dispiegarsi nei confronti del *defendant* solo a seguito dell’applicazione di tutti i criteri ermeneutici disponibili consente di fare del *canon* oggetto della presente trattazione un’utile *extrema ratio*, limitando al massimo grado la percentuale di esiti interpretativi paradossali.

Non va sottovalutato, peraltro, che, così procedendo, si consente alle istanze sottese a tutti i criteri interpretativi astrattamente applicabili di influenzare la ricostruzione della norma destinata ad essere applicata – cosa che, plausibilmente, può condurre a risultati maggiormente equilibrati rispetto a quelli perseguibili assecondando una singola, rigida direttiva ermeneutica²⁸.

Viene da chiedersi, tuttavia, se la fortissima limitazione dell’ambito applicativo del canone in questione consenta di attribuire ad esso un ruolo che possa dirsi davvero rilevante nell’opera di garanzia d’una trasparente *fair notice* in ordine alla materia dei delitti e delle pene²⁹.

Relegare l’operatività del criterio *de quo* all’esito del processo ermeneutico, a ben guardare, può apparire paradossale tanto quanto suonano bizzarri taluni esiti dell’applicazione della *lenity rule*.

Tra le funzioni della regola in oggetto, infatti, non v’è soltanto quella di dare una risposta, per così dire, “*risolutiva*” ad una problematica interpretativa; essa, infatti, dovrebbe altresì contribuire a minimizzare il tasso di ambiguità delle fattispecie penali, così da garantire la *foreseeability* e l’*accessibility* – o, per usare il lessico della Corte suprema statunitense, la *predictability* – delle stesse.

Come può concretizzarsi la predetta minimizzazione se il *canon* più favorevole all’imputato trova spazio solo a seguito dell’ordinario processo ermeneutico?

²⁸ Sul punto, vale la pena citare le parole del giudice HAND nella *concurring opinion* di *Guiseppi v. Walling*, 144 F.2d 608, 624 (2d Cir. 1944): “[t]here is no surer way to misread any document than to read it literally” / “non c’è modo migliore per fraintendere un testo che leggerlo letteralmente”.

²⁹ J.A. LOVE in *Fair Notice about Fair Notice*, p. 2400, rileva che “a rule of lenity whose application is uncertain may be just as problematic from a fair-notice perspective as having no rule of lenity at all” / “una rule of lenity i cui criteri di applicazione siano incerti può essere cosa problematica – da una prospettiva tesa a privilegiare la fair-notice – tanto quanto non avere alcuna rule of lenity” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive).

Cosa impedisce, poi, che a conclusione di detto processo “*preliminare*” non si finisca per trovare sempre e comunque una qualsivoglia ragionevole soluzione interpretativa, del tutto indipendente dalla logica della *lenity*?³⁰

In tal proposito, appaiono illuminanti le parole del giudice EDWARDS della Corte suprema degli Stati Uniti nella *dissenting opinion* della sentenza relativa al caso *United States c. Nofziger*³¹: “*Although the rule is a widely accepted theoretical notion, my review of the nearly one hundred federal cases in which reviewing courts in the last ten years have paid lip service to the principle reveals that, almost without exception, courts have found the rule to be altogether inapplicable to the facts before them*”³².

In virtù delle considerazioni formulate *supra*, le conclusioni del giudice EDWARDS non dovrebbero destare particolare meraviglia: una regola come la *lenity rule* – a meno che non sia applicata in via assolutamente prioritaria, così catalizzando più dubbi interpretativi di quanti obiettivamente e ragionevolmente riscontrabili – non può che essere destinata ad un’applicazione sporadica.

Per ESKRIDGE, il *canon* in parola, più che ininfluente ai fini dell’ermeneusi legale, rischia d’essere foriero di scelte perlopiù arbitrarie, in contrapposizione con il supremo valore della *fair notice* che pure esso dovrebbe contribuire a realizzare: “*The rule of lenity cases, in particular, strike me as capricious. The constitutional value of sufficient notice to the defendant that she is breaking the law seems ill-served by the Court's rather random invocation of the rule*”³³.

L’impressione è che la *rule of lenity* – ove non applicata irrazionalmente, e dunque implementata nella sua versione “debole” – ad altro non serva che a confermare i risultati interpretativi conseguibili in virtù dell’applicazione degli “ordinari” *canons* – così JEFFRIES,

³⁰ Per osservazioni di analogo tenore Z. PRICE, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, in *Fordham Law Review*, p. 885, ed in particolare a pagina 899.

³¹ *United States v. Nofziger*, 878 F2d 442, 456 (DC Circ 1989)

³² “*Sebbene la regola [della lenity] sia una nozione teorica largamente accettata, il mio esame di quasi un centinaio di casi federali in cui si sia prestato ossequio al principio in questione rivela che, quasi senza eccezioni, le corti hanno trovato che la regola fosse inapplicabile rispetto ai fatti da loro giudicati*” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive)

³³ “*I casi in cui trova applicazione la rule of lenity mi sorprendono per la loro capricciosità. Il valore costituzionale di un’adeguata notizia circa le condotte che costituiscono violazioni di legge mi sembra mal servito dall’applicazione casuale che la Corte fa della regola in parola*” (traduzione a cura di chi scrive) Così WILLIAM N. ESKRIDGE, *Public Values in Statutory Interpretation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, n. 137/1989, p. 1083

il quale ritiene che la *rule of lenity* “survives more as a makeweight for results that seem right on other grounds than as a consistent policy of statutory interpretation”³⁴.

4. L'adozione di canoni ermeneutici improntati a *strictness*: idea tecnicamente poco meditata o semplicemente inopportuna?

Sino ad ora, ci si è soffermati principalmente sulle difficoltà operative correlate all'applicazione della *lenity rule* – nonché di canoni di analoga portata – nell'ambito dell'opera ermeneutica quotidianamente svolta dal giudice penale.

Può affermarsi, in virtù delle risultanze dell'analisi storica e comparatista sin qui condotta, che la versione “*debole*” del *canon* in oggetto poco aggiunga di rilevante all'ordinario processo interpretativo della *criminal law*, talora apparendo, piuttosto, un mero artificio retorico volto a ratificare decisioni già fondate su basi argomentative ulteriori ed auto-sufficienti.

La versione “*forte*” del criterio ermeneutico *de quo*, invece, sin da un'epoca ormai remota, appare foriera di guasti applicativi, in quanto idonea a catalizzare dubbi esegetici eccentrici rispetto al novero di quelli normalmente riscontrabili: la *strong lenity rule*, infatti, impone di considerare come necessariamente insuperabili ambiguità di minimo rilievo, anche laddove le stesse siano astrattamente suscettibili d'essere sciolte attraverso argomenti piani e condivisibili.

Viene da chiedersi, tuttavia, se i costi normalmente connessi a qualsivoglia forma di *strong strict construction* siano, per così dire, “*preventivati*” dall'ordinamento giuridico e dallo stesso posti a carico dei consociati.

Più specificamente, gli indubbi vantaggi correlabili al cosiddetto “*in dubio pro reo* interpretativo” – in particolare, la sicurezza (reale o percepita) che nessun cittadino verrà punito senza che allo stesso sia stata data una preventiva *fair notice* in ordine alla penale rilevanza delle sue condotte – presentano una caratura tale da imporre al giudice di rinunciare a gran parte del suo strumentario interpretativo?

La risposta a tale interrogativo – nella prospettiva esclusiva del penalista – molto probabilmente dovrebbe essere affermativa: come s'è già accennato *supra*, d'altronde, il

³⁴ JEFFRIES ritiene che la *rule of lenity* “sopravviva più come un contrappeso a favore di risultati che sembrano corretti su altri piani che come una coerente politica di interpretazione delle leggi”.

diritto penale – inteso come *Magna Charta libertatum* del reo – prevede principi in ossequio ai quali ogni canone improntato a *strictness* dovrebbe essere visto con estremo favore.

Tuttavia, chi scrive – al fine di approcciarsi con piena cognizione di causa alla questione in oggetto – intende muovere da una prospettiva più ampia, suscettibile d’essere definita *lato sensu* come costituzionalistica.

La questione dell’ermeneusi delle disposizioni incriminatrici, al pari di ogni problematica giuridica, non va letta alla luce del ristretto novero di principi costituzionali governanti il diritto penale, bensì va considerata alla luce della complessiva costellazione di valori stabiliti nella Suprema Carta; entro tale costellazione, non rileva la posizione di ciascuno dei predetti valori, bensì il rapporto fra gli stessi e, dunque, il loro corretto bilanciamento³⁵.

³⁵ Stanti le superiori premesse, è appena il caso di rilevare che ci si trova al cospetto di un bivio.

Dobbiamo decidere, dunque, se sposare la tesi secondo la quale la *lenity rule* sia una direttiva ermeneutica assolutamente “*prioritaria*”, tale da far soccombere ogni ulteriore considerazione in ordine al senso da attribuire ad una disposizione normativa, pur a fronte della possibilità di intraprendere percorsi interpretativi ulteriori o alternativi, dei quali possa predicarsi la piena ragionevolezza e la conformità all’intento del Legislatore, così come emergente *ex lege*.

In alternativa, potremmo rassegnarci a fare della *lenity rule* niente più che un argomento fra tanti, attribuendovi un’importanza analoga a quella di qualunque altro criterio ermeneutico, o comunque riconoscendole un peso suscettibile di variare di volta in volta al cospetto in virtù della preponderanza di argomenti idonei a deporre in favore di ermeneusi *in malam partem*.

Il dilemma prospettato nella presente sede può comportare scelte *lato sensu* politiche: come si dirà *infra*, infatti, quello dell’opportunità della *lenity rule* è un problema correlato all’esigenza di bilanciare correttamente le istanze individual-garantiste a favore dell’imputato e quelle di protezione sociale; tuttavia, quantomeno nel presente passaggio di questa trattazione, appare più utile continuare a muoversi ancora su di un piano strettamente giuridico.

Convieni, dunque, tornare al punto di partenza del nostro lavoro: dapprincipio, ci siamo chiesti se l’implementazione di canoni d’interpretazione restrittiva della legge penale possa risolvere le problematiche di *foreseeability* e *accessibility* della *criminal law*, così da implementare il più possibile il disposto di cui all’art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo.

Ci siamo prefissi, pertanto, di verificare se la *lenity rule* sia una direttiva ermeneutica che tutela il valore della calcolabilità delle eventuali conseguenze penali della condotta dei consociati, ritenendo che quest’ultimo sia un interesse principalmente correlato alla libertà di autodeterminazione del cittadino, e non anche agli ulteriori valori gravitanti attorno al nucleo assiologico ed istituzionale della *rule of law*.

Se questo, dunque, è il nostro campo d’indagine, occorre valutare se i costi della logica della *lenity* dei quali s’è detto in precedenza siano giuridicamente prima – e socialmente poi – tollerabili.

Breviter: posto che il *canon* della *strict construction* appare funzionale a garantire una *fair notice* dei delitti e delle pene, possiamo – dobbiamo? – sopportarne le storture sposandone la versione *stronger* – l’unica idonea ad influenzare apprezzabilmente il processo ermeneutico legale – in luogo di quella

Ciò appare tanto più indispensabile quanto più si pone mente al fatto che la *strict construction* non è soltanto un “*language tool*”, ma è anche, inevitabilmente, un “*policy tool*”, in quanto tende a far prevalere un novero di istanze – che possono sinteticamente indicarsi in quelle di “*garanzia del singolo*” – rispetto ad un altro – quello dei bisogni di tutela della collettività e dei singoli che la compongono³⁶.

weaker – presumibilmente inutile, considerata la funzione di mera conferma di decisioni adottate sulla base di diverse o ulteriori considerazioni che le si può attribuire?

³⁶ In ordine alla “*duplice natura*” che può attribuirsi alla *strict construction*, si rimanda al notevole contributo di M.E. MULLINS, *Coming to Terms with Strict and Liberal Construction*, in *Albany Law Review*, 2000, ed in particolare ad un brano conclusivo di tale articolo che giova riportare quasi integralmente: “*Strict and liberal construction have a dual nature. They are not only language tools, but also substantive policy tools. As language tools, they are subject to limitations involving the range of permissible inferences that may be drawn from: (1) the implications of text and context, and (2) the purposes of the act at issue. Strict and liberal construction, therefore, are linked, perhaps inevitably, both to the implications of statutory language and to the substantive purposes and policies of a statute. [...] In other words, because it is difficult, if not impossible, to draw inferences from statutory language without attributing some purpose to that language, the substantive role of strict and liberal construction may be inevitable. [...] The dual nature of strict and liberal construction creates an unusual situation in matters of statutory construction. Strict or liberal construction can simultaneously be a language tool and a policy tool [...] With strict and liberal construction [...] Courts expressly say they are construing certain statutory provisions ‘in favor of’ a particular policy or kind of party, even when there is no statutory directive mandating that they do so*” / “*Il canone dell’interpretazione restrittiva e quello dell’interpretazione estensiva hanno una duplice natura. Essi non sono soltanto strumenti linguistici, ma sono anche strumenti con cui implementare policies. Come strumenti linguistici, essi sono soggetti alle limitazioni legate al range di inferenze esegetiche che possono essere tratte dall’interprete: (1) dalle implicazioni del testo e del relativo contesto, e (2) dallo scopo dell’atto normativo da lui interpretato. L’interpretazione restrittiva e quella estensiva, perciò, finiscono per essere connessi, forse inevitabilmente, sia alle implicazioni del linguaggio legislativo che agli scopi e alle policies cui le leggi mirano [...] In altre parole, poiché è difficile, se non impossibile, interpretare un testo legislativo senza addebitargli un qualche scopo, il ruolo sostanziale della ‘strict’ e della ‘liberal construction’ potrebbe essere inevitabile [...] La natura duale dell’interpretazione restrittiva ed estensiva crea una situazione inusuale nelle questioni di ermeneutica giudiziale [...] Con l’interpretazione restrittiva ed estensiva [...] i giudici possono ammettere espressamente di stare interpretando una disposizione ‘in favore di’ una particolare policy o di un certo tipo di parte, anche ove non vi sia alcuna direttiva legislativa che li obblighi a fare ciò*” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive). Le osservazioni di MULLINS riportate nella presente sede sono molto meno astratte di quanto potrebbe ritenersi ad una prima lettura. Al fine di avere una migliore intelligenza delle stesse, è utile fare riferimento alla problematica della rilevanza penale del cosiddetto “*falso in bilancio valutativo*”, della quale si è discusso nel capitolo precedente al fine di chiarire come l’esito dell’attività interpretativa dipenda, in larga misura, dal peso che viene attribuito ai valori sottesi a ciascuno dei criteri esegetici cui il giurista ordinariamente fa riferimento: l’interpretazione “*estensiva*” data da una parte dei giudici della nomofilachia – ed in particolare dalle

Nelle pagine che seguono, si proverà a comprendere se le ragioni sottese alla *rule of lenity* debbano sempre prevalere rispetto ad istanze di segno contrario.

5. Il ruolo assegnato al giudice nel nostro ordinamento e la compatibilità con esso della *lenity rule*

Che il compito d'interpretare la legge penale affidato al giudice debba necessariamente essere improntato alla *rule of lenity*, o a qualsivoglia criterio di “*strictness*”, è cosa che appare tutt'altro che scontata anche – forse soprattutto? – rivolgendo la nostra attenzione alla giurisprudenza costituzionale e di legittimità relativa all'articolo 5 del codice penale.

In primo luogo, possono ricavarsi alcune indicazioni in questo senso da alcuni brani della storica sentenza n. 364/1988.

Sezioni Unite – alle disposizioni incriminatrici di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile (così come formulate a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 69/2015) si fonda, com'è evidente, sull'individuazione e sulla valorizzazione del loro precipuo *télos*; i predetti magistrati – a fronte di un dato testuale in ordine alla cui “*non univocità*”, come detto *supra*, è ben possibile argomentare – hanno ritenuto di non doversi sottrarre all'implementazione dello scopo della normativa sottoposta al loro esame, ritenendo così di tenere una condotta da *faithful agents* del Legislatore; in tale ottica, adottare il canone della “*strict construction*” – senza un'espressa previsione che lo imponesse – sarebbe equivalso a neutralizzare la *policy* alla quale gli articoli 2621 e 2622 c.c. erano serventi, e ciò senza neppure tentare di percorrere strade alternative meno “*traumatiche*” (ad esempio, il cosiddetto *prospective overruling*); se ne desume che, in casi consimili, l'interpretazione restrittiva non sia mai un'operazione meramente tecnica, in quanto essa comporta conseguenze politicamente e socialmente sensibili, l'equilibrata ponderazione delle quali è opera che impone di interrogarsi in ordine alla reale funzione della giurisdizione penale. Su posizioni analoghe, F. VIGANÒ ne *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 23, il quale afferma il proprio personale rifiuto “*di una concezione dell'interpretazione come mero atto ricognitivo, in forza del quale il giudice sarebbe chiamato semplicemente a ricavare dalla norma un significato implicito che si assume già presente in essa*”, ritenendo che l'interpretazione sia una “*scelta*” - implicante un atto volitivo – “*tra più possibili significati, tutti compatibili con il dato testuale della norma*”, e che dunque sia “*un[‘operazione] con cui il giudice prosegue e completa l'attività normativa del legislatore*”. L'idea formulata da VIGANÒ è stata espressa anche nel mondo anglosassone, come già rilevato nel primo capitolo della presente trattazione: ex plurimis, si pensi a quanto sostenuto da D.M. KAHAN in *Lenity and Federal Common Law Crimes*, in *The Supreme Court Review*, 1994, p. 345 e ss, per il quale la *rule of lenity* confligge inevitabilmente con un principio largamente misconosciuto atto a regolare l'evoluzione della giurisprudenza in ambito penale, ossia quello per cui il Parlamento può implicitamente delegare alle Corti “*the power to make criminal law*”.

Prima di procedere oltre, appare opportuno sottolineare che la pronuncia in oggetto, ad oggi, viene prevalentemente citata in relazione ai nodi *lato sensu* gnoseologici in essa – più o meno felicemente – sciolti; ciò che i penalisti, a parere di chi scrive, hanno talora trascurato di soppesare della sentenza *de qua*, invece, è la teorica dei rapporti fra il cittadino e l’Autorità *ivi* delineata.

Aver approfondito poco un aspetto di tal genere può essere dipeso dalla volontà di sgombrare il campo della riflessione giuridica da questioni apparentemente attinenti alla sola sfera della filosofia politica o della sociologia.

Detto intento, tuttavia, in larga misura presuppone che i rapporti fra il reo ed il Potere possano ormai dirsi, per così dire, “*irreversibilmente pacificati*”, e che ogni ridiscussione dei termini del patto sociale concluso fra i *cives* e la *Res publica* muova da istanze di tipo non strettamente giuridico; un’opzione ideologica di tal tipo, d’altronde, ha il pregio di assicurare un’indiscutibile legittimità al progetto normativo statale, in particolare nel campo penale, e di inquadrare il tema dell’ermeneutica giudiziale in termini “*rassicuranti*”, ossia come una questione di carattere meramente tecnico.

Può osservarsi, tuttavia, che il predetto approccio appare notevolmente incongruo alla luce dell’ormai consolidata disillusione post-moderna circa l’effettiva idoneità del giudice a rappresentare la *bouche de la loi* – e dunque, ad essere attore di un sistema di pubblici poteri entro il quale la potestà normativa sia completamente ripartita *ex ante*.

Detto altrimenti, il venir meno delle sicurezze vetero-illuministe circa il fondamento, i caratteri ed i limiti della giurisdizione impone una ponderata riconsiderazione dei rapporti fra Stato e cittadino, fra la legge penale ed i suoi destinatari³⁷.

E’ per i predetti motivi, pertanto, che appare utile esaminare i passaggi della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale che concernono il fondamento giuspolitico della declaratoria d’incostituzionalità dell’art. 5 del codice penale: tale disamina potrebbe offrire elementi utili per meglio affrontare il problema dell’eventuale auspicabilità d’una piena applicazione della *rule of lenity* nell’ambito dell’ermeneutica giudiziale in campo penale.

³⁷ Come affermato da autorevole dottrina statunitense, “*the respective competences of courts and legislatures can never be finally settled. Like all matters of political organization, the subject is open to continuing interpretation and debate*” (così J.C. JEFFRIES, *Legality, Vagueness and The Construction of Penal Statutes*”, in *Virginia Law Review*, Vol. 71, n. 2/1985).

5.1. La necessità di garantire la conoscibilità della legge penale posta in relazione ai fini dell'ordinamento giuridico inteso come “*soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all'art. 3, secondo comma*” della Costituzione

Al paragrafo 3. della sentenza n. 364/1988, i giudici delle leggi hanno affermato che “*la mancata considerazione delle relazioni tra soggetto e legge penale*”, storicamente, sia stata il risultato di “*ben tre caratterizzate impostazioni ideologiche*”: la prima di esse avrebbe negato che “*l'obbedienza o la trasgressione della legge abbia attinenza con la conoscenza od ignoranza della medesima*”; la seconda avrebbe sottolineato che “*essendo l'ordinamento giuridico sorretto da una coscienza comune [...] non può lo stesso ordinamento condizionare l'effettiva applicazione della sanzione penale alla prova della conoscenza, da parte dell'agente, per ogni illecito, del particolare precetto violato*”; secondo la terza impostazione, la maestà della legge è tale da impedire che la sua obbligatorietà vada “*condizionata dalle mutevoli psicologie individuale, nonché dall'alea della prova, in giudizio, della conoscenza della stessa legge*”³⁸.

Rispetto alla prima delle sopra evocate impostazioni ideologiche, i giudici della Consulta hanno rilevato che lo Stato è indubbiamente titolato a porre disposizioni normative, ma che è altrettanto indubbio che lo stesso possa prevedere le condizioni in presenza delle quali le proprie prescrizioni possano “*entrare in funzione*”, e che fra queste non può escludersi “*la conoscenza della legge che si viola*”; siffatte considerazioni, quantomeno nel campo della problematica delle deroghe al principio “*ignorantia legis non excusat*”, richiamano *de facto* – seppur in modo non perspicuo – la distinzione operata da autorevole dottrina anglosassone fra “*rules of adjudication*” e “*rules of conduct*”, della quale si dirà diffusamente *infra*.

La Corte costituzionale ha respinto efficacemente anche l'idea che l'ordinamento giuridico sia “*sorretto da una coscienza comune*”, rilevando che le disposizioni incriminatrici non sanzionano più soltanto condotte già stigmatizzate da norme sociali universalmente riconosciute.

³⁸ Col senno del poi, può ben adirsi che la Corte costituzionale abbia avuto gioco facile nel respingere le impostazioni ideologiche di cui sopra, tutte improntate – seppur secondo diverse gradazioni – ad istanze politiche di stampo illiberale.

Infine, la Consulta ha negato che l'irrelevanza assoluta dell'ignoranza della legge penale discenda dall'obbligatorietà della stessa, sottolineando come una siffatta idea appartenga all'orizzonte valoriale dello Stato autoritario pre-costituzionale³⁹.

Le considerazioni appena sommariamente riassunte appartengono ormai al consolidato patrimonio culturale del gius-penalista.

Ad assumere un peculiare rilievo in ordine ai fini della presente trattazione, tuttavia, è un importante brano del paragrafo 4. della pronuncia *de qua*: *ivi* la Corte costituzionale ha delineato in pochi – ed evidentemente ben meditati – tratti quale sia il *setting* politico e valoriale in relazione al quale deve stabilirsi il tasso di “*imperatività*” del diritto penale⁴⁰; nel passaggio *de quo*, si dà atto che l'indagine in ordine alla conoscibilità dei precetti penali deve essere preliminarmente estesa allo “*stato delle relazioni tra ordinamento giuridico e soggetti ed in particolare ai rapporti tra l'ordinamento quale soggetto attivo dei processi di socializzazione di cui all'art. 3, secondo comma, Cost. ed autore del fatto illecito*”.

Ad una disamina – anche sommaria – del brano appena riportato, emerge nitidamente un elemento di sicuro interesse: l'ordinamento giuridico, nell'ambito della problematica relativa alla costituzionalità dell'art. 5 c.p., non viene inteso “*kelsenianamente*” – ossia come un complesso di norme giuridiche positive, generali o individuali, ordinate a partire da una *Grundnorm* – bensì secondo termini “*istituzionali*”, riecheggianti il magistero di Santi Romano⁴¹.

³⁹ Al paragrafo 7. della sentenza in oggetto, la Corte costituzionale ha evocato “*la strumentalizzazione che lo Stato autoritario aveva operato del principio dell'assoluta irrilevanza dell'ignoranza della legge penale*”, rilevando che “*già nel 1930 [esso]*” era diventato “*cardine del sistema*”, e che ciò si era reso manifesto in virtù del suo trasferimento “*dal capitolo dell'imputabilità, nel quale era inserito dal codice del 1879, a quello dell'obbligatorietà della legge penale*” di cui al Codice Rocco.

⁴⁰ Che l'intenzione della Consulta fosse proprio quella di rappresentare – seppur in maniera sintetica – il *framework* politico e valoriale entro il quale inscrivere la questione di legittimità costituzionale sollevata al suo cospetto è la seguente indicazione di metodo, riportata al principio del paragrafo 4 della sentenza in oggetto: “*Sul piano metodologico va osservato che non è prospettiva produttiva ed esaustiva quella che esamina il tema dell'ignoranza penale considerando il solo istante nel quale il soggetto oggettivamente viola la legge penale nell'ignoranza della medesima. E' indispensabile, infatti, [...] estendere l'indagine al preliminare stato della relazione tra ordinamento giuridico e soggetti*”.

⁴¹ Per una disamina delle principali definizioni di “*ordinamento giuridico*” elaborate in dottrina, si rimanda alla voce *Ordinamento giuridico* in *Enciclopedia Treccani online* <http://www.treccani.it/enciclopedia/ordinamento-giuridico/>).

I cittadini destinatari del precetto penale, nelle parole dei giudici delle leggi, non si rapportano esclusivamente con testi normativi relativi a delitti e pene: in altre parole, a venire in rilievo non è solo la possibilità che i *cives* possano efficacemente esplicitare l'attività intellettuale necessaria per decodificare le disposizioni penali.

L'ordinamento con il quale il cittadino si rapporta, piuttosto, viene inteso dalla Consulta quale un soggetto attivo deputato all'adempimento di doveri, ossia di “*processi di socializzazione*” tesi a garantire “*le condizioni di eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione*”; così tratteggiato, esso appare coincidere con una sorta di “*ente*” o “*corpo sociale*” – à la Santi Romano – il cui scopo è quello di rimuovere gli ostacoli alla piena esplicazione della persona umana.

Il prisma di doveri incombenti in capo a tale “*soggetto*”, pertanto, appare costituito sia dall'obbligo di stabilire disposizioni penali accessibili – al fine di evitare ogni strumentalizzazione del reo – che da quello di implementare tutele funzionali a “*processi di socializzazione*”, in un'ottica evidentemente promozionale⁴², volta alla difesa del “*deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari*”, a voler usare le parole di Cesare Beccaria⁴³.

Le considerazioni formulate nella sentenza n. 364/1988 muovono, dunque, dalla ricognizione di due “*poli*”: il primo di essi è rappresentato dalla posizione del singolo, titolare del diritto ad una *fair notice* in ordine ai delitti e alle pene previsti dall'ordinamento; il secondo, invece, è costituito da un insieme di istanze di promozione sociale, proclamate e garantite a livello costituzionale, e dunque al più alto livello della gerarchia delle fonti del diritto.

Se la Corte costituzionale avesse inteso risolvere il predetto dualismo massimizzando ad ogni costo le istanze di tutela del singolo, è fuor di dubbio che la stessa, prima ancora di fissare i criteri di conoscibilità della legge penale, avrebbe prescritto ai giudici di accogliere nell'ambito della propria metodologia ermeneutica qualcosa di simile alla “*rule of lenity*”, declinando e promuovendo l'antico principio dell’“*in dubio pro reo*” entro il campo dell'esegesi dello *ius criminale*: predicare l'obbligo, in capo al giudice, di sciogliere ogni dilemma esegetico in favore dell'imputato avrebbe consentito alla Corte di diminuire il tasso

⁴² Per quanto concerne la funzione promozionale del diritto, inteso come “*specifica tecnica dell'organizzazione sociale*”, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1977, Roma-Bari, 2007, pag. 184 ss..

⁴³ Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, p. 97.

d'inefficacia – o, di converso, di aumentare il tasso d'efficacia – delle “*regole cautelari*” dalla stessa dettate in materia di *culpa juris*.

Il bilanciamento d'interessi sotteso all'importante pronuncia oggetto della presente disamina, invece, appare – seppur implicitamente – improntato all'idea che l'ermeneusi del diritto penale non debba essere condotta mirando alla minimizzazione del campo applicativo delle disposizioni incriminatrici – così da garantirne, entro un'ottica precauzionale, le più sicure condizioni di conoscibilità; correlativamente, neppure pare che la sentenza n. 364/1988 imponga ai giudici di massimizzare il perimetro del campo applicativo delle *defences*.

5.2. Risposta ad alcune possibili obiezioni alla tesi secondo cui nella sentenza n. 364/1988 la Corte costituzionale abbia inteso escludere alcun rilievo alla cosiddetta *rule of lenity*

Potrebbe obiettarsi, rispetto a quanto affermato in precedenza, che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 364/1988, abbia solamente inteso stabilire le regole cautelari prestando ossequio alle quali il cittadino può invocare la scusabilità della sua ignoranza della legge penale: se ciò vero, potrebbe pertanto dirsi che i giudici delle leggi non abbiano espresso alcuna posizione – neppure tacitamente – in ordine a questioni di carattere ermeneutico.

Una simile conclusione deve essere respinta, in virtù di un'attenta lettura in controluce della trama argomentativa della pronuncia oggetto di disamina.

Muovendo dalla considerazione che “*l'assoluta illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito*”, la Consulta ha affermato che “*la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche che [...] rinviano, attraverso le mediazioni dei c.d. destinatari della legge, ad ulteriori seconde mediazioni*”⁴⁴; nel prosieguo, si è affermato che “*la completa, in tutte le sue forme, sicura interpretazione delle leggi penali ha, oggi, spesso bisogno di seconde, ulteriori mediazioni: quelle, ad esempio, di tecnici, quanto più possibile qualificati, di organi dello Stato*”.

Le considerazioni appena riportate appaiono ispirate all'esigenza di richiedere ai cittadini una conoscenza dei precetti penali “*tecnicamente orientata*” – dunque non quella del “*laico*”, fisiologicamente appuntantesi sul mero *plain meaning* del testo normativo.

⁴⁴ Così i giudici delle leggi al paragrafo 18. della sentenza *de qua*.

La norma penale, nelle parole dei giudici della Consulta, appare una sorta di artefatto linguistico plasmabile non già secondo l'interpretazione dei consociati – i quali, nell'informarsi sui divieti e sui comandi loro opposti dallo Stato, sono chiamati ad esercitare doveri strumentali “*d’attenzione e prudenza [...] simili a quelli che caratterizzano le fattispecie colpose*” – bensì in virtù di una “*processualizzazione tecnica*” degli elementi che vanno a comporre il sistema giuridico.

Dalla correlazione di siffatto assunto con le considerazioni di politica costituzionale riportate al paragrafo 4. della sentenza n. 364/1988 – delle quali s'è detto *supra* – si ricava l'impressione che la Corte costituzionale abbia inteso minimizzare il rischio gravante in capo ai consociati d'incorrere in un'imprevedibile violazione della legge penale secondo termini che escludono specifiche rimedi sul piano dell'ermeneutica giudiziale⁴⁵, e dunque soltanto sul piano della colpevolezza: l'obiettivo implicito appare quello di prevenire ogni possibile strumentalizzazione del reo, senza però intaccare gli scopi di tutela perseguiti dal Legislatore nell'opera di attuazione dei principi di cui all'art. 3, co. II° della Costituzione.

5.3. La giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine ai presupposti per dichiarare la scusabilità dell'ignoranza della legge penale come ulteriore conferma dell'inidoneità dei principi espressi nella sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale a imporre, di per sé soli, l'adozione di canoni ermeneutici di tipo restrittivo

Il peculiare dettato della sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale ha consentito alla Corte di cassazione, sino ad oggi, di modulare l'applicabilità della *defence* attualmente prevista dall'articolo 5 del codice penale entro margini notevolmente ristretti.

Il severo orientamento dei giudici di legittimità in materia può essere riassunto come segue: il cittadino deve astenersi dal tenere una condotta allorquando, in relazione alla liceità della stessa, pur a seguito dell'adempimento diligente di tutti gli oneri di informazione giuridica stabiliti dalla Consulta, permangono apprezzabili dubbi⁴⁶.

⁴⁶ Così, *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. V, 24 novembre 2016, n. 2506: “*L'incertezza derivante da contrastanti orientamenti giurisprudenziali nell'interpretazione e nell'applicazione di una norma non abilita da sola ad invocare la condizione soggettiva d'ignoranza inevitabile della legge penale; al contrario, il dubbio sulla liceità o meno deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, fino cioè, secondo quanto emerge dalla sentenza n. 364 del 1988 della Corte Costituzionale,*

Lo stato di dubbio, infatti, a parere dei giudici di legittimità, non sarebbe equiparabile alla condizione di ignoranza inevitabile che consente di escludere la ricorrenza di una *culpa juris*. È evidente come tale posizione della Suprema Corte muova dalla considerazione che, per la giurisprudenza costituzionale, il prodotto dell'interpretazione di una legge penale altro non sia che un "*artefatto culturale*" insuscettibile d'essere modellato in relazione alle aspettative dei suoi destinatari, l'*output* di un'ermeneusi indipendente dal valore della certezza del diritto.

Rimaneggiando un antico brocardo, pertanto, potrebbe dirsi che per la Corte di cassazione *qui in re fortasse illicita versatur respondit etiam pro casu*: i giudici di legittimità, in altre parole, ammettono la possibilità di ascrivere una responsabilità penale sulla base della risoluzione di un dubbio ermeneutico operata successivamente non solo alla condotta, ma anche alla ricognizione della norma penale obiettivamente violata⁴⁷.

Appare opportuno chiedersi se una simile costruzione possa reggere ad uno stringente vaglio di costituzionalità: accollare i costi connessi ad una legislazione penale oscura sul cittadino, imponendogli di astenersi dall'agire ove permangano dubbi in ordine alla liceità della condotta riconducibile alle sue intenzioni, non comporta forse quella strumentalizzazione dei consociati che il Giudice delle leggi, nella sentenza n. 364/1988, ha ritenuto contraria al primo ed al terzo comma dell'art. 27 Cost.?

L'incapacità dello Stato di garantire un'adequata *fair notice* in ordine a cosa sia penalmente rilevante non dovrebbe ridondare a favore del reo?

Possono i consociati essere puniti non solo in virtù della loro inescusabile *ignorantia legis* ma anche per aver "*comunque agito*" pur alla luce di un obiettivamente irresolubile *dubium de legis*?⁴⁸

all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, dato che il dubbio, non essendo equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità". In termini analoghi, si veda *Cass. pen., Sez. II, 21 maggio 2013, n. 25974, Cass. pen., Sez. II, 23 novembre 2011, n. 46669, Cass. pen, Sez. VI, 25 gennaio 2011, n. 6991.*

⁴⁷ Ad una simile costruzione risulta aliena qualsivoglia considerazione in punto di *lenity*: essa pare legittimare l'uso da parte dei giudici di un codice ermeneutico nell'ambito del quale non paiono essere presenti direttive volte a "*compensare*" in qualche modo l'*unfairness* della notizia fornita dallo Stato in materia di delitti e pene.

⁴⁸ Com'è evidente, alla radice degli interrogativi esposti v'è l'annosa urgenza di stabilire in maniera il più possibile ragionevole e stabile i margini di libertà del cittadino. È appena il caso di ricordare, tuttavia, come già in dottrina abbia destato non poche perplessità la circostanza che – secondo quanto

Dare una risposta ai predetti interrogativi *in favorem rei* risulta pressoché istintivo, per il giurista formatosi in seguito all'ascesa dell'approccio costituzionalmente orientato del diritto penale⁴⁹.

A chi scrive, tuttavia, appare opportuno guardare al problema in oggetto con lenti diverse, al fine di individuare e comprendere le *rationes* che fondano l'orientamento della Suprema corte di cassazione qui sottoposto ad esame: in altre parole, non si intende verificare, puramente e semplicemente, se sia compatibile con il principio di colpevolezza la negazione dell'equiparabilità dello stato di dubbio irresolubile circa la penale rilevanza d'una condotta all'*ignorantia legis* inevitabile; lo scopo che si intende perseguire è la comprensione del bilanciamento d'interessi sotteso alla posizione dei giudici di legittimità alla quale si fa riferimento.

5.3.1. Il bilanciamento d'interessi sotteso all'inescusabilità del “*dubium de legis*” e le sue ripercussioni in ordine alla cultura della *construction* della fattispecie penale

È ragionevole presumere che – sottesa alla giurisprudenza della Corte di cassazione nella quale si stabilisce l'assoluta inescusabilità del *dubium de legis* – vi sia la preminente esigenza di assicurare la più efficace tutela dei beni giuridici presidiati da fattispecie penali di problematica *construction*.

Nell'ambito del bilanciamento d'interessi suscettibile d'essere letto nella filigrana delle sentenze *de quibus*, pertanto, soccombono le istanze liberali ed individual-garantiste per le

stabilito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364/1988 – il fallimento dello Stato nell'emanare disposizioni penali chiare e precise finisca per ridondare a favore del cittadino soltanto in termini di “scusabilità” d'un suo “errore inevitabile”. S'è detto come costituisca un’*“ipocrisia [...] scusare il cittadino per una ‘colpa’ dello stato”* allorquando l'ignoranza circa la legge penale non dipenda “*da problemi di inesigibilità personale di conoscenza della legge in qualche determinato caso*” ma anche dall'obiettivo inconoscibilità della norma “*per difetti di ordinamento*” (così M. DONINI, *Il caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2016, p. 361).

⁴⁹ La casistica in oggetto, d'altronde, presenta connotati tali da far ritenere irragionevole che l'*unfairness* d'uno Stato incapace di legiferare in materia di *ius criminale* secondo canoni di chiarezza e tassatività debba ridondare a sfavore dei consociati: d'altronde, è appena il caso di rilevare che per autorevole dottrina, la stessa scusabilità dell'ignoranza inevitabile circa il contenuto d'una legge penale dal contenuto oscuro risulta quasi beffarda: “*il trasgressore veniva mandato a casa con una pacca sulla spalla: incolpevole, ma trasgressore. Lo Stato non è fair, ma ti scusa*” (così ID., *ibidem*).

quali l'*unfairness* dell'informazione fornita dallo Stato circa ciò che è penalmente rilevante dovrebbe imporre di tenere i consociati indenni da responsabilità di carattere penale, in virtù dell'evidente mancanza "*di una statuizione della stessa regola di condotta*"⁵⁰ ove la stessa sia "*ancora vuota, incerta, imprecisa, o peggio, ancora in fieri*"⁵¹.

Coloro i quali perorano l'introduzione della *lenity rule* nello strumentario interpretativo dei giudici non possono che ritenere il bilanciamento d'interessi di cui sopra eccessivamente squilibrato a favore delle istanze di tutela degli interessi protetti dall'Autorità: la "*panacea*" dell'implementazione di criteri ermeneutici di carattere restrittivo, nelle loro intenzioni, dovrebbe precludere in radice il sorgere di dubbi irresolubili in ordine alla rilevanza penale delle condotte dei consociati; tuttavia, come s'è detto *supra*, non può presumersi che le problematiche attinenti la *construction* delle fattispecie penali debbano essere ineluttabilmente risolte a favore dell'imputato⁵²; occorre, piuttosto, fornire adeguate

⁵⁰ Così ID., *Il caso Contrada e la Corte EDU*, p. 362

⁵¹ Così ID., *ibidem*

⁵² Appare utile qualche ulteriore osservazione critica in merito. La Corte di cassazione, nel filone giurisprudenziale sotto esame, sembra fornire una lettura ingiustificatamente restrittiva del disposto di cui all'articolo 5 del codice penale, così come risultante a seguito della sentenza della Consulta n. 364/1988, limitandone l'ambito applicativo esclusivamente alle ipotesi di vera e propria *ignorantia legis*, e non anche a quelle – ancor più problematiche – di *dubium de legis*. I giudici di legittimità finiscono, pertanto, per sostenere che il cittadino cui sia ignota una legge penale comunque conoscibile possa beneficiare d'una scusante insuscettibile d'essere invocata, invece, dal consociato che sia completamente impossibilitato ad orientare il proprio comportamento secondo le prescrizioni dell'ordinamento giuridico, in virtù dell'assoluta inconoscibilità della disposizione incriminatrice la cui riferibilità al suo comportamento si manifesterà soltanto a seguito d'una pronuncia giurisdizionale. L'effetto derivante da siffatta limitazione appare talmente paradossale da spingere a chiedersi quali riflessioni, in punto di ermeneutica giudiziale, abbiano ispirato la Suprema Corte nell'elaborazione dell'orientamento *de quo*. Si potrebbe tentare di ricondurre a razionalità la tesi in parola sostenendo che nulla può rimproverarsi a chi tiene una condotta penalmente rilevante nell'ignoranza incolpevole dell'illiceità del suo comportamento, in quanto egli non versa in *culpa juris*; chi agisce nell'irrisolubile dubbio circa il rilievo criminale delle proprie azioni, invece, "*accetta il rischio*" di compiere un reato, e dunque può ascriverglisi una responsabilità a titolo, quantomeno, di *dolus eventualis juris*. Una simile soluzione, tuttavia, presenta caratteri di paradossalità persino maggiori di quelli riferibili al nodo che essa è deputata a sciogliere: tenere una condotta apparentemente non vietata dall'ordinamento giuridico corrisponde, *de facto*, all'esercizio di una libertà, e suona decisamente beffardo che il cittadino leso da un "*torto*" – consistente nell'*unfairness* delle notizie fornitegli dallo Stato circa l'illiceità dei suoi comportamenti – finisca per essere equiparato all'automobilista che attraversa un'intersezione stradale superando i limiti di velocità prescritti dal codice della strada, senza peritarsi di evitare l'impatto con altri autoveicoli; il primo dei soggetti *de quibus* è un soggetto che ha adempiuto a tutti i doveri informativi prescritti

argomentazioni in ordine all'indispensabilità di una simile logica, considerati i contro-interessi predicabili contro la sua assoluta implementazione.

Ad ogni modo, nell'ordinamento italiano è almeno una previsione normativa tesa alla valorizzazione delle istanze garantiste connesse al problema dell'obiettivo incertezza normativa che può manifestarsi nel campo del diritto penale tributario: ad essa sembra sotteso un bilanciamento d'interessi il cui esito è favorevole ad esigenze di *leniency*.

5.4. La causa di esclusione della punibilità di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 74/2000 come eccezione all'orientamento secondo cui il dubbio in ordine alla penale

dalla sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale, e ciononostante non ha potuto raccogliere validi elementi per comprendere il contenuto della legge penale; a voler muoversi nel *framework* valoriale delineato dalla Consulta nella predetta sentenza, il pieno espletamento degli obblighi di cui all'art. 54, co. I°, Cost. dovrebbe segnare il limite oltre il quale i consociati sono liberi di autodeterminarsi come credono; asserire il contrario equivale a sostenere che il cittadino sia tenuto solo a rispettare non solo “*la Costituzione e le leggi*”, come prescritto dalla suddetta disposizione, ma sia altresì chiamato ad osservare aprioristicamente la lettura più severa dei precetti dei quali è destinatario. Sulle tematiche de quibus, è utile rammentare come, secondo autorevole dottrina, il modello stabilito nella sentenza n. 364/1988 imponga che “*la richiesta opera di informazione abbia un risultato ‘possibile’: se l’ordinamento impone che il consociato si sforzi di sapere, è lecito presupporre e pretendere che l’oggetto sia conoscibile. Se ne avvede la stessa Corte che collega, con un rapporto per così dire sinallagmatico, siffatti obblighi del cittadino con quelli incombenti sull’ordinamento il quale deve offrire un diritto penale [determinato]*” (così L. STORTONI, *L’introduzione nel sistema penale dell’errore scusabile di diritto: significati e prospettive* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 4/1988, p. 1328). In ogni caso, il severo orientamento dei giudici della nomofilachia del quale s’è dato conto *supra*, in tempi recenti, è stato derogato da un arresto della Corte di cassazione che non può che sorprendere positivamente, considerate le istanze garantiste nello stesso pienamente accolte: trattasi di Cass. pen., n. 13525/2016; a pronuncia in oggetto, invero, delude sotto diversi profili; tra questi si evidenzia la mancanza d’una espressa critica in ordine alla posizione assunta in passato dalla Suprema Corte in materia di scusabilità dell’*ignorantia legis* conflitti giurisprudenziali sincronici; può legittimamente nutrirsi il sospetto, tuttavia, che detta aporia non sia del tutto casuale, ma discenda da una strategia argomentativa di carattere minimalista, dettata da una logica di massimizzazione delle garanzie rilevanti rispetto al caso singolo e di minimizzazione delle ricadute sistemiche della specifica decisione assunta; quanto tale strategia, tuttavia, sia destinata a pagare in futuro è questione ovviamente aperta. È appena il caso di rilevare, oltretutto, quanto ironico sia che una delle più scottanti ed attuali problematiche penalistiche e costituzionali dell’evo moderno – l’amministrazione dei conflitti giurisprudenziali sincronici da parte d’una Corte di legittimità – sia stata affrontata, nel caso di specie, in ordine ad un dissidio giurisprudenziale concernente una disposizione normativa di parte generale – quella di cui all’art. 9 del codice penale – che per anni non ha destato particolari attenzioni da parte della dottrina.

rilevanza di una condotta non esclude la colpevolezza del soggetto agente: una ratifica legislativa dell'irrelevanza del *dubium de juris*?

Com'è ormai tradizione affermare, sia nei paesi di *common law* che in quelli di *civil law*, è nel campo dei reati che puniscono i cosiddetti *mala quia prohibita* a rilevare maggiormente la problematica dei profili di scusabilità dell'*ignorantia legis*.

In particolar modo, il tasso di ambiguità delle disposizioni riconducibili al diritto penale tributario si presenta indubbiamente elevato, e ciò non può che dipendere dalla particolare complessità della normativa fiscale in sé, alla quale le predette fattispecie di reato fanno frequente richiamo.

Ciò premesso, in questa sede appare opportuno rilevare che l'articolo 15 del predetto testo normativo stabilisce che “*al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'articolo 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi [del decreto legislativo n. 74/2000] le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione*”.

La previsione in parola, fatti salvi i casi di applicazione dell'art. 47, co. III° del c.p. – nella prassi del tutto residuali, considerato lo stato della giurisprudenza in materia di errore su legge extra-penale – prevede che, ove sussistano incertezze di carattere obiettivo in ordine alla portata delle disposizioni fiscali integrative delle fattispecie di reato di cui al decreto legislativo n. 74/2000, il soggetto agente non debba essere punito.

Trattasi di una speciale causa di esclusione della punibilità in virtù della quale il “*dubbio irresolubile*” circa la rilevanza penale di alcuni comportamenti viene valorizzato a tutela della libertà dei consociati.

È appena il caso di sottolineare che le “*condizioni di incertezza*” di cui all'art. 15 del d.lgs. 74/2000 devono essere obiettive: a venire in rilievo, pertanto, è un dubbio “*sulla portata e [...] sull'ambito di applicazione*” delle disposizioni tributarie discendente da un conflitto giurisprudenziale sincronico⁵³.

⁵³ La Cassazione civile ha offerto un'interessante definizione di “*incertezza normativa oggettiva tributaria*” – decisamente d'essere tenuta in considerazione ai fini propri della disposizione normativa di cui all'art. 15 del d.lgs 74/2000 – descrivendola come “*la situazione giuridica oggettiva, che si crea nella normazione per effetto dell'azione di tutti i formanti del diritto, tra cui in primo luogo, ma non esclusivamente, la produzione normativa, e che è caratterizzata dall'impossibilità, esistente in sé ed accertata dal giudice, anche di legittimità, che paradossalmente è tenuto anche all'impossibile in forza del principio del divieto del non liquet, di individuare con sicurezza ed*

La previsione normativa richiamata nella presente sede costituisce – quantomeno in astratto – un esempio di equo bilanciamento fra esigenze repressive ed istanze individual-garantiste, e induce a ritenere pleonastica, rispetto ai delitti e alle contravvenzioni di cui al d.lgs. 74/2000, l'applicazione di qualsivoglia criterio interpretativo improntato al valore della *lenity*.

A destare attenzione, tuttavia, è la circostanza che la norma in esame – quantomeno stando alle evidenti intenzioni del Legislatore – ha natura di “eccezione” alla “regola” dell'inescusabilità del *dubium de juris*; il Legislatore, infatti, limitando l'operatività della causa di esclusione della punibilità *de qua* solo al diritto penale tributario, pare aver implicitamente ratificato l'orientamento giurisprudenziale del quale s'è trattato nei precedenti paragrafi.

Detto altrimenti, entro campi normativi diversi da quello dei principali reati fiscali i consociati appaiono esposti al “rischio penale” pur in presenza di “obiettive condizioni di incertezza” in ordine alla portata ed all'ambito applicativo non solo delle disposizioni incriminatrici, ma anche delle complesse normative che sempre più di frequente integrano le fattispecie penali.

6. La fisiologica pluralità delle istanze cui è improntata l'amministrazione della giustizia – anche di quella penale

*univocamente, al termine di un procedimento interpretativo pur metodicamente corretto, la norma giuridica sotto la quale effettuare la sussunzione di un caso di specie ultima o, se si tratta del giudice di legittimità, del fatto di genere già categorizzato dal giudice di merito”; siffatta situazione “è [...] rapportabile solo allo stesso ordinamento giuridico cui appartiene la normazione da interpretare: l'incertezza normativa è oggettiva, perché essa è rilevante in sé, in quanto impossibilità di stipulare una convenzione interpretativa delle norme, con la conseguente necessità dell'intervento autoritativo del giudice” (così, ex plurimis, Cass. civ. n. 7765/2008). La definizione della specifica ipotesi di incertezza normativa appena richiamata appare particolarmente interessante sotto il seguente peculiare profilo – quantomeno a parere di chi scrive: i giudici di legittimità, a ben guardare, hanno ammesso che l'esito di un processo ermeneutico può coincidere, quantomeno in astratto, con un nulla di fatto; una siffatta conclusione, tuttavia, è preclusa dall'ordinamento in virtù del divieto di *non liquet*; ne consegue che, seppur implicitamente, la Corte di cassazione – quantomeno rispetto alla legislazione tributaria, ma non v'è motivo di ritenere che lo stesso non possa valere entro altri ambiti normativi – ritiene che il giudice sia chiamato ad effettuare una scelta non completamente determinata da istanze di carattere meramente esegetico; in ciò, consisterebbe, “l'impossibile” cui è chiamato chi esercita la giurisdizione, stando alla sopra citata massima.*

Alla luce di tutto quanto s'è detto sin qui, due domande sono ormai improcrastinabili: qual è il modello di giudice che il Legislatore e la giurisprudenza intendono delineare nel campo dello *ius criminale*? Quali ricadute ha la definizione del predetto modello sull'*ars interpretandi* del giudice penale?

Prima di provare ad abbozzare una risposta a tali quesiti, è opportuno evocare un dato controintuitivo: KELSEN, il fautore della *Reine Rechtslehre*, il promotore della separazione del diritto positivo dalla sociologia, dalla filosofia e, più in generale, dalle scelte di valore – ha sempre attribuito, senza particolari imbarazzi, un inevitabile connotato di politicità all'attività interpretativa⁵⁴.

Il predetto filosofo del diritto non ha inteso riconoscere alla distinzione fra *Sein* e *Sollen* alcun particolare rilievo nell'ambito dell'ermeneusi legale: nell'orizzonte della speculazione kelseniana, pertanto, non è mai rientrato il tentativo di elaborare un modello esegetico suscettibile d'essere detto “*puro*” al pari dell'architettura del sistema giuridico stabilito dal *Gesetzgeber*⁵⁵.

⁵⁴ Così M. DONINI in *Scienza penale e potere politico*, p. 95: “Per il positivismo di Kelsen, ogni decisione sull'interpretazione era di fatto politica – e dunque sia il legislatore e sia il giudice, a distinti livelli, facevano politica, ma non lo studioso ‘puro’ – restando scientifica solo la descrizione delle interpretazioni possibili, non di quelle utili-necessarie-giuste”.

⁵⁵ Suona quasi paradossale, alla luce di quanto esposto, che la cultura giuridica statunitense abbia rigettato *in toto* le istanze della filosofia kelseniana. Vero è che, da un punto di vista anglosassone, le critiche alla costruzione ideologica di KELSEN formulate da studiosi quali LON FULLER – uno dei più celebrati Professori americani di teoria generale del diritto – sono ben comprensibili; in un paese precocemente approdato sulle sponde del *legal realism*, dev'essere sembrata ben bizzarra un'architettura concettuale fondata sull'idea che il concetto di giustizia sia un'idea irrazionale, da espungere dal campo degli studi giuridici; altrettanto bizzarra deve essere apparsa la categoria della *Grundnorm*, ossia d'una norma fondamentale, posta alla base di un ordinamento giuridico, che però può solo essere presupposta, e della cui validità necessariamente non si può effettuare alcun sindacato; tuttavia, le considerazioni formulate da KELSEN in ambito ermeneutico avrebbero dovuto garantirgli maggiore fortuna nell'ambito dello scenario dottrinale statunitense. Per un'interessante esposizione dei motivi che hanno decretato le sfortune della filosofia kelseniana negli U.S.A., D.A. JEREMY TELMAN, *The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: a Sociological Model*, Law Faculty Publications, Valparaiso University, 2008; per una disamina del pensiero di KELSEN nelle sue ultime opere, N. DUXBURY, *Kelsen's endgame* in *Cambridge Law Journal*, Vol. 67, n. 1, Mar. 2008, p. 51.

KELSEN, addirittura, ha ritenuto che il risultato dell'interpretazione (la c.d. “*interpretazione prodotta*”) dipenda dallo specifico fine dell'attività interpretativa, il quale dipende strettamente dal “*ruolo sociale*” del soggetto che interpreta⁵⁶.

È opportuno interrogarsi, pertanto, su quale sia il ruolo sociale rivestito dal giudice penale: a quali valori quest'ultimo fa riferimento?

Per rispondere a tale quesito, appare proficuo richiamare le acquisizioni di un importante filone della dottrina filosofico-giuridica statunitense – quello dei cosiddetti “*public values thinkers*”, tra i quali sono annoverabili ACKERMAN, DWORKIN e FISS – nell'ambito del quale si afferma che tutti i giudici, in virtù del peculiare ruolo rivestito, sono chiamati a contribuire fattivamente ad una piena implementazione di politiche improntate ai “*valori collettivi*”, così come riconosciuti dall'ordinamento e dalla generalità dei consociati: la peculiare posizione istituzionale dei magistrati, caratterizzata da indipendenza e autonomia, consentirebbe agli stessi di amministrare le istanze pubbliche restando immuni alle pressioni normalmente esercitate nell'ambito dell'agone politico dai più svariati gruppi di interesse; tale amministrazione, secondo il filone speculativo in esame, è persino auspicabile, posto che l'esercizio della giurisdizione – differentemente da quanto sovente capita entro il sistema politico – coincide istituzionalmente con un discorso “*improntato a ragione*”⁵⁷.

La corrente *de qua* muove dalla considerazione che il Legislatore, sovente, è impossibilitato a promuovere al meglio interessi pubblici di rilievo, adottando a tal scopo le più opportuni iniziative legislative: il prodotto dell'attività normativa affidatagli, d'altronde, in larga misura si fonda – nel migliore dei casi – su precari compromessi; non è infrequente, al contempo, che l'adozione di una legge discenda dal mero intento di favorire esclusivamente

⁵⁶ Sul punto F. VIOLA, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, p. 79.

⁵⁷ “*Public values thinkers believe that the dialogue by which public values are articulated is best performed by courts, not just by the legislature [...] Courts have the institutional ability to contribute more substantially to the politics of public values, because their independence reduces the inertia and interest group pressures of everyday politics, and because their open, reasoned, and incremental decision-making assures a more rational discussion of public issues*” (così W.N. ESKRIDGE, *Public values in statutory interpretation*, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 137, aprile 1989, n. 4, p. 1016.

particolari gruppi d'interesse, a prescindere da quanto ciò possa rivelarsi più o meno funzionale rispetto al bene comune⁵⁸.

L'elaborazione dell'ideologia dei “*public values thinkers*” è avvenuta nell'ambito di riflessioni sulla *constitutional law*, al dichiarato scopo di slegare le riflessioni sul diritto costituzionale da istanze di carattere formalistico⁵⁹, così da valorizzare il peso delle istanze di giustizia che vengono in rilievo nella concreta attività giurisdizionale.

ESKRIDGE ha provato a mutuare le acquisizioni culturali degli autori di cui sopra e ad applicarle nel campo della *statutory interpretation*: l'Autore, tuttavia, è giunto a conclusioni scettiche in ordine alla possibilità che i valori pubblici possano influenzare apprezzabilmente l'attività ermeneutica, quantomeno ove “*the statutory language clearly indicates a certain result*”, e dunque nei casi in cui “*it is unlikely that public values will trump the result*”⁶⁰.

ESKRIDGE non manca di chiedersi, d'altronde, come debba procedersi all'individuazione dei *public values*, secondo quali modalità essi debbano essere soppesati e come vadano risolti i conflitti fra gli stessi: il rischio paventato dall'Autore è quello di approcciarsi a simili problematiche con atteggiamento arbitrario ed elitario, ossia sulla base d'una pluralità di *bias* di cui è difficile che l'interprete prenda coscienza.

Chi scrive ritiene che lo scetticismo di ESKRIDGE, pur dettato da un approccio nobilmente cauto, non debba precludere l'indagine sui valori cui è improntata la giurisdizione penale e sui suoi “*scopi*”: detto campo dell'amministrazione della giustizia, d'altronde, è quello in cui la conflittualità fra gli interessi e le pretese dei cittadini si manifesta al suo massimo grado; la configurabilità d'una simile conflittualità non può essere un dato neutro ai fini della definizione dei doveri gravanti in capo alla magistratura.

Il giudice, pertanto, è fisiologicamente chiamato a farsi interprete delle plurime istanze destinate a venire in gioco nell'ambito di un processo penale, come di un qualunque altro tipo di procedimento giudiziario; ciò s'impone, in particolare, in seno all'opera di ermeneusi giudiziale delle disposizioni incriminatrici.

⁵⁸ ID., *ibidem*. Sull'argomento, si veda anche W.N. ESKRIDGE, *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, *Virginia Law Review*, Vol. 74, 1988, p. 275.

⁵⁹ Sul punto si rimanda a TUSHNET, *Anti-formalism in Recent Consistitutional Theory*, *Michigan Law Review*, Vol. 83, 1985, o, 1502.

⁶⁰ W.N. ESKRIDGE, *Public values in statutory interpretation*, p. 1078.

La logica sottesa alla *leniency*, al cosiddetto “*in dubio pro reo interpretativo*”, invece, ove assunta come principale criterio regolatore dell’attività ermeneutica, comporta l’obliterazione delle *rationes* di tutela delle fattispecie di reato, quasi come se le stesse costituissero elementi patologici del sistema legale, e non, invece, parte integrante della sua concreta nervatura.

È questo il principale motivo per cui chi scrive ritiene che la *lenity rule* non costituisca una risposta realmente centrata alle problematiche concernenti la *foreseeability* della *criminal law*.

4. La prevedibilità come connotato necessario delle *conduct rules* espresse dalle disposizioni incriminatrici

1. L'urgenza di un *framework* operativo che garantisca la *fair notice* in ordine ai delitti e alle pene rispettando la complessiva trama assiologica dell'ordinamento – 2. La legalità come canone ermeneutico: un percorso foriero di esiti positivi – 2.1. Il *canon* della legalità al banco di prova del falso in bilancio valutativo – 3. Qualche dubbio in ordine all'idoneità del *canon* della legalità ad influenzare il processo ermeneutico del giudice penale – 4. L'indeterminatezza della nozione di indeterminatezza come possibile ipoteca rispetto all'efficacia del *canon* della legalità – 4.1. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "*Kopravnic c. Slovenia*" come banco di prova dell'utilità della distinzione fra *conduct rules* e *decision rules* nell'ambito dell'opera di garanzia della *foreseeability* del diritto penale – 5. La *lenience* come criterio di accertamento della *foreseeability* della legge penale e non anche del significato da attribuire alle disposizioni penali – 6. Alcune conclusioni

1. L'urgenza di un *framework* operativo che garantisca la *fair notice* in ordine ai delitti e alle pene rispettando la complessiva trama assiologica dell'ordinamento

Giunti a questo punto della presente trattazione, inevitabilmente ci si trova al cospetto di un dilemma così sintetizzabile: come contemperare l'esigenza di garantire ai consociati una *fair notice* in ordine ai delitti ed alle pene con l'idea che al Giudice debba accordarsi una discrezionalità interpretativa tale da consentirgli di farsi interprete delle plurime istanze trasfuse nella legislazione che egli è chiamato ad applicare, così da permettergli di bilanciare con equilibrio gli interessi tradizionalmente tutelati dalla *lenity rule* con quelli sottesi ai concorrenti criteri ermeneutici?

Offrire una risposta ponderata al predetto quesito è un'operazione indispensabile per comprendere in che misura possa assicurarsi la *foreseeability* della *criminal law* senza finire per snaturare necessariamente il ruolo di *faithful agents* attribuito ai magistrati, così come descritto nel precedente capitolo.

2. La legalità come canone ermeneutico: un percorso foriero di esiti positivi

Nel primo capitolo, chi scrive ha provato a dimostrare come la legalità, ad oggi, più che un parametro di costruzione delle *offences* previste dall'ordinamento giuridico – e,

correlativamente, delle *defences* – rappresenti un “*valore*”, ossia un orizzonte assiologico cui la Corte costituzionale è chiamata a fare riferimento nell’esercizio del sindacato della tollerabilità dei profili di vaghezza delle disposizioni incriminatrici ai quali i giudici sono autorizzati (da parte dello stesso Giudice delle leggi) a porre rimedio attraverso la loro ordinaria attività ermeneutica, la quale deve essere argomentata, e dunque “*controllabile*”. Si è visto, nel secondo capitolo, che la prevedibilità degli esiti ermeneutici cui la magistratura perviene difficilmente può essere garantita mediante metodiche analiticamente prestabilite, in quanto le direttive di un “*codice esegetico*”, pur se gerarchicamente ordinate fra loro, incidono sulla comprensione del significato delle disposizioni penali secondo logiche abbondantemente variabili; in particolare, a rilevare nel processo cognitivo/creativo *de quo* non sarebbero tanto le direttive interpretative cui i giudici dicono di prestare ossequio, bensì i valori alle stesse sottesi, nonché il concreto bilanciamento che di essi viene fatto da chi esercita la potestà giurisdizionale.

Nel terzo capitolo, si è sostenuto che non potrebbe darsi un’ermeneusi giudiziale *foreseeable* neppure in virtù dell’adozione della *lenity rule*, la qual cosa costituirebbe un’opzione tanto velleitaria quanto inopportuna: velleitaria in quanto l’“*in dubio pro reo interpretativo*” rappresenta un criterio ermeneutico spesso del tutto inadatto ad incidere sull’esegesi delle disposizioni incriminatrici; inopportuna poiché il complesso delle istanze che il giudice è deputato ad implementare ed amministrare è ampio, e non si limita soltanto alla tutela degli interessi sottesi al principio di *foreseeability* della *criminal law*.

Giunti a questo punto, conviene dunque tornare al punto di partenza: se la legalità è un valore, perché non dovrebbe orientare l’interpretazione delle disposizioni penali al pari di ogni altro elemento di carattere assiologico presente nella trama dell’ordinamento giuridico? Se la stessa, oltretutto, è un fine, il raggiungimento del quale consente di rendere maggiormente prevedibili gli *output* dell’attività giurisdizionale, perché non farne uno dei principali *télos* al cui perseguimento i magistrati devono dedicare le proprie energie intellettuali?

D’altra parte, è già successo che un altro importante principio volto a regolamentare la costruzione delle fattispecie penali sia stato assunto dalla giurisprudenza – anche da quella costituzionale – prevalentemente come un criterio interpretativo¹.

¹ Sul punto, si rinvia a V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005

L'idea che qui si afferma ha già trovato un autorevole sostenitore in FRANCESCO VIGANÒ²: egli ritiene che “*le regulae iuris enucleate dalla giurisprudenza [debbano] conformarsi al requisito della precisione, che è condizione indispensabile perché quelle stesse regole (una volta divenute ‘diritto vivente’, a seguito del loro avallo da parte della giurisprudenza di legittimità) possano orientare in maniera sicura, e dunque prevedibile, la futura attività giurisdizionale*”³.

2.1. Il *canon* della legalità al banco di prova del falso in bilancio valutativo

Al fine di comprendere quale rilievo possa avere la legalità come canone ermeneutico, si ponga nuovamente mente alla problematica della perduranza del falso in bilancio valutativo a seguito della riforma di cui alla Legge n. 69/2015.

S'è detto che l'interpretazione data delle nuove fattispecie di “*false comunicazioni sociali*” da parte delle Sezioni Unite della Corte di cassazione è il frutto di una specifica ponderazione dei fondamentali criteri ermeneutici di cui si avvale il giudice nel compiere le proprie quotidiane ermeneusi; s'è detto, altresì, che detta ponderazione risponde ad un bilanciamento fra le istanze sottese ai predetti criteri argomentabile – e, di fatto, sufficientemente ben argomentato dai giudici di legittimità.

Cosa avrebbe comportato l'adozione della legalità come *canon* nel caso di specie?

Per provare ad abbozzare una ragionevole risposta a tale domanda, è opportuno richiamare autorevole dottrina secondo la quale la nuova formulazione degli articoli 2621 e 2622 ben potrebbe essere letta come un tentativo di tassativizzare il reato di falso in bilancio, di modo da rendere più facile l'opera di verifica in concreto della sua integrazione⁴.

² Sul punto, s'impone di rinviare a F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Diritto penale Contemporaneo*: secondo il predetto Autore, il canone di precisione della norma penale può ben assumere la veste “*non già di criterio di valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni legislative, bensì di criterio di valutazione della stessa attività di produzione normativa svolta dalla giurisprudenza nella sua attività di interpretazione delle disposizioni legislative*”.

³ Così ID., *ivi*. VIGANÒ, nel medesimo articolo, ammette che l'idea di fare della legalità un canone ermeneutico non costituisca, invero, una tesi del tutto nuova, ricordando che già GIORGIO MARINUCCI ed EMILIO DOLCINI “*pragmaticamente riconoscevano nel loro Corso che il principio di precisione opera non solo quale criterio di legittimità costituzionale delle leggi penali, ma anche come canone ermeneutico per la giurisprudenza comune nella propria attività di interpretazione delle leggi penali*”.

⁴ Così V. MANES in *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali – Commento agli artt. 2621-2621-bis-2621-ter-2622*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, p. 25: “[può] risultare non implausibile [...] che il legislatore, nel ripristinare una tutela penale severa contro il falso

La tesi della parziale *abolitio criminis*, pertanto, appare quella più idonea ad inverare il valore della legalità penale, ed andrebbe preferita a quella sposata dalle Sezioni Unite, in quanto atta a neutralizzare ogni vaghezza, genericità o ambiguità delle disposizioni incriminatrici in oggetto.

3. Qualche dubbio in ordine all'idoneità del *canon* della legalità ad influenzare il processo ermeneutico del giudice penale

Fare della legalità un *canon* – e non soltanto un parametro di valutazione della tassatività propria di una disposizione incriminatrice – appare un'idea foriera soltanto di vantaggi: essa non pare porsi in contrasto con il ruolo attribuito dall'ordinamento giuridico al giudice – ossia quello di amministratore del complesso di confliggenti interessi sottoposti al suo scrutinio – e ciò in quanto non massimizza programmaticamente (ed inopinatamente) le istanze di uno degli attori del processo penale, l'imputato, pur finendo – in ogni caso – per valorizzarle appieno nei fatti, il tutto in conformità con la complessiva trama assiologica della Carta costituzionale.

L'“*interpretazione tassativizzante*”, inoltre, in apparenza costituisce una tipologia di ermeneusi scevra dalle difficoltà operativa tradizionalmente connesse all'elaborazione di un codice ermeneutico d'impianto *textualist*: procedere direttamente a limare i profili di vaghezza di una fattispecie appare meno problematico che perseguire il medesimo obiettivo attraverso metodiche votate a presentare, nel tempo, non pochi profili di contraddittorietà.

Purtuttavia, è proprio la “*facile perseguibilità*” del valore della determinatezza delle disposizioni incriminatrici mediante il *canon* in parola a dover destare non pochi dubbi in ordine alla *fairness* dello stesso.

societario, abbia deciso di distribuirlo in modo selettivo e puntiforme, indirizzandola solamente contro alterazioni della realtà suscettibili di essere declinate con certezza secondo l'opposizione concettuale vero/falso e non, appunto, su mere valutazioni incongrue o in qualche modo discutibili alla luce dei relativi, volubili criteri”; il citato Autore ritiene che proprio poiché le scienze economiche affermano che ogni bilancio è basato, oltretutto su “*valori certi, basati su fatti concreti [...] in massima parte su valori stimati (ossia dati per antonomasia soggettivi e probabilistici, dunque “opinabili” alla luce di canoni di accuratezza e di verosimiglianza, ma non di veridicità/falsità [...]) e su valori “congetturali” (ossia su dati elaborati per astrazione su ipotesi “arbitrarie”, assunte per il futuro svolgimento dell'attività di gestione [...])*”, allora si potrebbe ritenere che il legislatore abbia deciso “*di sollevare dal “rischio penale” [...] ambiti che, seppur non sganciati da qualsiasi elemento di oggettività – risultano fortemente permeati da discrezionalità tecnica*”, la quale “*oltre a non poter essere compiutamente disciplinata dal legislatore né dai principi contabili, è al più soggetta a duttili parametri di congruità e ragionevolezza*” (così ID., *ivi*).

Al fine di meglio esprimere siffatto rilievo, è necessario tornare una volta ancora al banco di prova della problematica dell'attuale rilevanza penale del falso in bilancio valutativo.

Le Sezioni Unite, per quanto possa suonare controintuitivo, in qualche misura hanno adottato la legalità come *canon*, provando a circoscrivere la punibilità del falso in bilancio valutativo alle ipotesi di valutazioni compiute in violazione di criteri oggettivi: ciò, nelle intenzioni dei giudici di legittimità, è bastevole a restituire determinatezza alle fattispecie incriminatrici *de quibus*.

Non è tutto.

Si ponga mente ad un altro recente arresto giurisprudenziale, ossia le note Sezioni Unite Paternò, per la descrizione del cui contenuto si rinvia alla nota in calce ed ai contributi dottrinali *ivi* citati⁵: a modesto avviso di chi scrive, l'interpretazione compiuta dai giudici di legittimità in ordine all'art. 75, co. II° del d.lgs. 159/2011 al fine di prestare ossequio alla sentenza della Corte EDU "*De Tommaso*" presenta un profilo di problematicità di non poco momento; essa risulta in netto contrasto con un dato letterale apparentemente inequivoco,

⁵ Le Sezioni Unite Paternò n. 40076/2017 possono ben essere ritenute un interessante esempio di "*interpretazione tassativizzante*": i giudici di legittimità, chiamati a decidere se "*se la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. cit., abbia ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di 'vivere onestamente' e 'rispettare le leggi'*" hanno fatto della legalità un vero e proprio *canon* esegetico idoneo, di per sé solo, a circoscrivere il perimetro applicativo della predetta disposizione incriminatrice. Le SS.UU. hanno espressamente dichiarato di essere chiamate ad una lettura dell'art. 75 conforme alla C.E.D.U. ed alla Costituzione, ed in particolare ad un'interpretazione "*tassativizzante' e 'tipizzante' della fattispecie*", anche a costo di superare "*una giurisprudenza di legittimità che, fino ad oggi, non mostra di essersi confrontata adeguatamente con tali problematiche*". Così, sulla questione *de qua*, F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*: "*Le Sezioni Unite [...] decidono [...] di ricorrere allo strumento dell'interpretazione conforme, cancellando in via ermeneutica dall'area della fattispecie penalmente rilevante due ipotesi – la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi" – pure ricomprese inequivocabilmente dal tenore letterale della disposizione di cui all'art. 75 co. 2 del codice antimafia, che rinvia a tutte le prescrizioni inerenti alla misura di sicurezza della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno. Operazione ermeneutica che costituisce un rimarchevole esempio di quella che Larenz chiamava "riduzione teleologica della fattispecie" – basata sul presupposto, esattamente contrario a quello caratteristico dell'estensione analogica della fattispecie, che la disposizione plus dixit quam voluit–; anche se il telos viene qui identificato non già nello scopo della singola disposizione, bensì nei principi che l'ordinamento nel suo complesso (anche nella sua dimensione 'integrata' europea) indica come immanenti all'intero sistema penale [tra i quali] si annovera lo stesso principio di precisione/sufficiente determinatezza*". Sull'argomento, è opportuno rinviare anche a G. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

ossia il rinvio apparentemente “*onnicomprensivo*” effettuato dalla predetta disposizione incriminatrice a tutte le prescrizioni di cui all’articolo 8 del cosiddetto “*Codice antimafia*”; chi scrive ben comprende che ciò, in sé, non rappresenti necessariamente un elemento decisivo per predicare l’erroneità della soluzione adottata nell’arresto in parola; purtuttavia, il dato qui preso in considerazione impone di non ignorare una circostanza che deve far riflettere, quella per cui è possibile che *canon* della legalità entri fortemente in frizione con criteri ermeneutici concorrenti⁶; ciò non può che ingenerare dubbi sulla “*risolutività*” dello stesso del tutto analoghi a quelli formulati dalla dottrina statunitense rispetto alla pretesa dei *textualists* di elaborare metodiche esegetiche in ossequio alle quali compiere ermeneusi giudiziali *more geometrico*.

4. L’indeterminatezza della nozione di indeterminatezza come possibile ipoteca rispetto all’efficacia del *canon* della legalità

Le riflessioni abbozzate fino ad ora impongono di prendere atto del fatto che l’inidoneità del *canon* della legalità a tassativizzare pienamente le fattispecie incriminatrici rappresenta il portato di un dato del quale si è diffusamente trattato nel primo capitolo della presente trattazione: quello della sufficiente determinatezza della “*norma*” elaborata dal giudice all’esito della propria attività esegetica rappresenta un concetto indeterminato al pari di quello della sufficiente determinatezza della correlata disposizione posta dal Legislatore;

⁶ Sul punto, è opportuno rinviare a *Cass. pen., II° Sez., ord. 11 ottobre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49194, Pres. De Crescenzo, Est. Recchione*: i giudici di legittimità, in tale ordinanza, hanno rilevato che la soluzione esegetica delle SS.UU. Paternò impedisce la revoca di sentenze passate in giudicato con le quali sia stata disposta la condanna ai sensi dell’art. 75, co. II° del d.lgs. 159/2011 per violazione delle prescrizioni di “*vivere onestamente e rispettare le leggi*”; per superare tale ostacolo, la II° Sezione della Cassazione ha deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale della suddetta disposizione incriminatrice nella misura in cui la stessa, facendo integrale rinvio all’articolo 8 del Codice antimafia, sanziona le sopra citate violazioni; nell’ordinanza de qua si legge che l’“*abrogazione interpretativa effettuata dalle Sezioni Unite altro non è che la validazione di un evento abolitivo che trova la sua matrice nel diritto convenzionale*”, segnatamente nella sentenza *De Tommaso*, il che imporrebbe al giudice comune di seguire la strada segnata dalle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 per pervenire all’eliminazione dei contrasti fra la legge ordinaria ed il diritto convenzionale. Sebbene l’incidente di costituzionalità promosso dalla seconda sezione della Cassazione sembri muovere più dallo scopo pratico di assicurare al giudice dell’esecuzione il potere di revoca delle summenzionate sentenze di condanna, è evidente che nel caso di specie a precludere la strada dell’art. 673 c.p.p. sia proprio un’interpretazione eccessivamente squilibrata sul versante della “*tassativizzazione*”, e poco accorta rispetto a quello della *littera legis*. In merito alla citata ordinanza, si rinvia a F. VIGANÒ, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda Sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

detto altrimenti, l'ambiguità è un concetto ambiguo, e ciò non può che concernere tanto le modalità quanto gli esiti dell'interpretazione tassativizzante.

Da tale quadro sembra potersi indurre che i dubbi espressi in precedenza all'"*in dubio pro reo interpretativo*" vadano obliterati, accettando i costi correlati al predetto principio al fine di consentire al canone esegetico della legalità di dispiegare appieno la propria efficacia.

Chi scrive, tuttavia, ritiene che possa seguirsi un percorso alternativo, nell'ambito del quale continuare a perorare la tecnica dell'interpretazione tassativizzante: può provarsi ad attribuire al giudice il pieno esercizio delle proprie prerogative ermeneutiche (permettendogli di ricavare dalle disposizioni incriminatrici le relative *regulae juris* secondo un'argomentata ponderazione di istanze contrapposte) assicurando, al contempo, la *foreseeability* della *criminal law*.

Conviene dotarsi, a tal fine, d'uno strumentario concettuale che ci consenta di decodificare la dimensione normativa penalistica in una duplice chiave: quella del *fair warning* e quella dell'*adjudication*.

In cosa consista siffatta duplice chiave di lettura è presto detto.

È appena il caso di rammentare che la Legge può essere intesa, prima d'ogni suo *enforcement* giudiziale, come un parametro di comportamento in riferimento al quale i soggetti giuridici modulano le proprie condotte; allo stesso tempo, la Legge può essere intesa come un protocollo che la magistratura applica al fine di assumere decisioni aventi svariati effetti nei confronti dei consociati.

Le disposizioni penali, allo stesso modo, paiono esprimere tanto *conduct rules* – regole di condotta tenute in conto dai loro destinatari al fine di calcolare le conseguenze del proprio agire – quanto *decision rules* – ossia i parametri normativi che i giudici adoperano per ricollegare una sanzione ad un comportamento reputato antiggiuridico dall'ordinamento, così da "*adjudicate*" il dovuto trattamento sanzionatorio ai soggetti resisi responsabili di uno o più illeciti penali.

La distinzione fra *conduct rules* e *decision rules* richiamata nella presente sede costituisce un'acquisizione culturale che, nell'ambito della letteratura giuridica anglosassone, può essere fatta risalire all'opera di BENTHAM⁷.

⁷ Per BENTHAM, una disposizione che si limiti a stabilire un'*offence* ed una disposizione che prescriba l'applicazione di una pena qualora sia commessa la predetta *offence* costituiscono due leggi ben distinte: esse, pertanto, non vanno intese come la stessa disposizione normativa, considerato che le azioni da loro prescritte sono differenti; le classi di individui ai quali dette disposizioni si rivolgono, inoltre, sono parimenti diverse. Per BENTHAM, pertanto, una prescrizione comportamentale è

Invero, come riportato da MEIR DAN-COHEN in un articolo dei cui contenuti non può non tenersi conto in seno a tale trattazione⁸, non sono mancati i filosofi del diritto che hanno ritenuto la predetta distinzione priva d'ogni ragion d'essere.

KELSEN, in particolare, ha affermato che una norma meramente proibitiva (ad esempio, una norma che proibisca puramente e semplicemente di rubare) può dirsi valida solo ove una seconda norma ricollegghi una qualche sanzione alla violazione della prima; quest'ultima, tuttavia, secondo il filosofo del diritto tedesco, sarebbe manifestamente superflua nell'ambito d'una esatta articolazione dell'ordinamento normativo, e ciò in quanto essa è implicitamente espressa nella regola che si limita a ricollegare una punizione all'atto del rubare⁹.

HART ha sottoposto ad una severa critica la posizione di KELSEN, ritenendo che essa finisca per oscurare lo specifico carattere della Legge come uno strumento di controllo sociale¹⁰.

Ugualmente insostenibile, a detta di MEIR DAN-COHEN, è l'opposta posizione secondo il quale l'ordinamento giuridico si risolve solo in un coacervo di *conduct rules*, che i giudici si limitano ad applicare¹¹; sul punto, l'Autore statunitense ritiene che, quando superficialmente sosteniamo che un magistrato, nel disporre una pena in relazione ad un furto, altro non faccia che applicare la disposizione che vieta di rubare, siamo tenuti a realizzare che egli, in ogni caso, non è “*guided or bound*” da siffatta regola: il giudice, infatti, non è uno dei soggetti ai quali si rivolge il disposto normativo *de quo*, né l'atto da lui posto

talmente diversa dalla “*punitory law*” ad essa collegata che quest'ultima non contiene nulla della prima (sul punto, J. BENTHAM, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, W. Harrison ed., 1948, p. 430).

⁸ Si fa riferimento a M. DAN COHEN, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard Law Review*, 1983, p. 625.

⁹ Così H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, 1945, p. 61, così come citato in M. DAN COHEN, *Decisions Rules and Conduct Rules*, p. 627.

¹⁰ Secondo Hart, l'impostazione kelseniana impedirebbe di distinguere una sanzione pecuniaria da una tassa: solo la prima, infatti, per essere disposta nei confronti di un soggetto, presuppone che a monte sia stata commessa la violazione di una regola di condotta, “*in the form of a violation of a rule set up to guide the conduct of ordinary citizens*” (così H.L.A. Hart, *The concept of Law*, 1961, p. 39).

¹¹ Stando al *framework* concettuale entro il quale si muove l'Autore, le regole devono essere intese sia come “*actor-specific*” che come “*act-specific*”: qualsivoglia disposizione normativa, infatti, è indirizzata ad un certo gruppo di soggetti, destinati ad essere guidati in una determinata direzione, in riferimento ad un certo tipo di azioni; le *conduct rules* sono rivolte alla generalità dei consociati, ed hanno a che vedere con i loro comportamenti; le *decision rules*, invece, sono rivolte ai giudici, rappresentando il parametro cui devono attenersi gli stessi nella propria attività, ed hanno a che vedere, per l'appunto, con le loro decisioni (così M. DAN COHEN, *Decisions Rules and Conduct Rules*, p. 628).

in essere – la condanna – può essere inteso come l’oggetto della *conduct rules* la cui violazione ha occasionato il giudizio penale¹².

MEIR DAN-COHEN ritiene che sostenere che i giudici applichino “*the law of theft*”, in realtà equivalga a dire che gli stessi sono guidati da un’autonoma *decision rule*, la quale ha, fra i suoi presupposti di applicazione: 1) l’esistenza di una certa *conduct rule* (ossia, la norma che vieta di rubare); 2) la violazione della stessa da parte dell’imputato¹³.

Le “*conduct rules*” e le “*decision rules*” – nella prospettiva del citato Autore – rappresentano due “*sets of rules*” relativamente indipendenti: stabilire la portata e gli effetti pratici di siffatta distinzione teorica non è una problematica destinata a rilevare solo nel campo della logica, ma rappresenta una questione meritevole di essere trattata allorché si discetta delle *policies* e dei valori ai quali è improntato l’ordinamento penalistico tutto¹⁴.

4.1. La sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo “*Kopravnic c. Slovenia*” come banco di prova dell’utilità della distinzione fra *conduct rules* e *decision rules* nell’ambito dell’opera di garanzia della *foreseeability* del diritto penale

La sopra richiamata distinzione fra le *decision rules* e le *conduct rules* espresse dalle disposizioni normative rappresenta, a parere di chi scrive, un nuovo punto di partenza ai fini dell’elaborazione di un quadro concettuale solido entro il quale trattare la problematica della prevedibilità del diritto penale.

Se è vero che ogni disposizione incriminatrice esprime tanto una regola di condotta quando una regola di giudizio, quale delle predette norme è necessario che sia *foreseeable* affinché si assicuri ai consociati una *fair notice* in ordine ai comportamenti loro vietati?

A tale interrogativo, invero, si aggiunge un quesito solo apparentemente ozioso: i criteri ermeneutici alla luce dei quali ricavare le summenzionate *regulae juris* sono perfettamente omogenei? D’istinto, verrebbe da rispondere di sì, posto che le *decision rules* e le *conduct rules*, apparentemente, sembrano avere il medesimo contenuto, sebbene diversamente formulato.

¹² Così Id., *ibidem*

¹³ Così Id., *ibidem*

¹⁴ Così Id., *ivi*, p. 629

Al fine di offrire una risposta ponderata agli interrogativi di cui sopra, appare opportuno richiamare il contenuto di una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Koprivnikar c. Slovenia*, del 24 aprile 2017: l'arresto in parola, infatti, presenta molteplici aspetti degni d'interesse ai fini della presente trattazione.

Queste le circostanze sottoposte allo scrutinio dei giudici di Strasburgo.

In data 17 settembre 2004, il signor Koprivnikar è stato condannato per il reato di rapina dalla *District court* di Ljubljana alla sanzione di quattro anni di reclusione; egli ha scontato tale pena dal 7 dicembre 2007 al 7 dicembre 2011.

Medio tempore – e più precisamente in data 1 novembre 2008 – in Slovenia è entrato in vigore un nuovo codice penale.

In data 16 giugno 2009, Koprivnikar è stato condannato dalla *District court* di Ljubljana per l'uso di un assegno andato a vuoto e per l'uso fraudolento di carta di credito (condotte tenute tra il 19 gennaio ed il 19 agosto 2005) alla pena di cinque mesi di reclusione; la sentenza è passata in giudicato in data 7 ottobre 2009; il ricorrente ha iniziato a scontare la pena inflittagli in data 7 dicembre 2011.

Nel frattempo, la *District court* di Ljubljana – in data 9 aprile 2009 – ha condannato Koprivnikar per un omicidio commesso in data 15 settembre 2002 alla pena di trent'anni di reclusione, ossia al massimo della pena prevista in riferimento al predetto reato dal codice penale slovacco del 1994, vigente all'epoca dei fatti in virtù dei quali è stata pronunciata la condanna *de qua* (confermata dalla *Higher Court* di Ljubljana in data 9 dicembre 2009 e divenuta irrevocabile nel medesimo giorno).

In data 28 novembre 2011, il ricorrente ha formulato un'istanza alla *District Court* di Ljubljana affinché le pene disposte nei suoi confronti fossero “*unificate*” in una “*overall sentence*”.

In data 13 gennaio 2012, l'organo giurisdizionale adito ha unificato le summenzionate sanzioni, compresa quella inflitta in relazione alla rapina che Koprivnikar aveva terminato di scontare, nella pena di trent'anni di reclusione.

La *District court* ha ritenuto di poter procedere in tal senso nonostante l'articolo 53 del codice penale slovacco del 2008 prevedesse espressamente un tetto di vent'anni in relazione al cumulo fra più pene: i giudici slovacchi hanno ritenuto che la *littera* della disposizione *de qua* fosse meno univoca di quanto apparisse ad un primo esame, considerato che l'ordinamento giuridico slovacco prevede, in relazione ai reati più gravi, pene pari a trent'anni.

Stando a quanto riportato nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo qui richiamata “[t]he [Ljubljana District] court took the view that the legislature had not intended to enact legislation enabling those offenders who had been sentenced to thirty years’ imprisonment for one of the offences for which they subsequently had had their sentences joined to benefit from an overall sentence that would have been ten years lower than the highest individual sentence to which the offender had been sentenced”¹⁵.

L'organo giurisdizionale adito da Koprivnikar ha ritenuto di poter così decidere muovendo dalla circostanza che il previgente codice penale slovacco del 1994 prevedeva che ove una tra le pene da cumulare fosse pari a trent'anni di reclusione, “the overall sentence would have consisted only of that term”; la *District Court* di Ljubljana, pertanto, ha ritenuto che il secondo comma dell'art. 53 c.p. rappresentasse un errore, al quale il Legislatore ha posto rimedio nel 2011, con un apposito emendamento.

La *Higher Court* di Ljubljana ha confermato l'orientamento dei giudici di grado inferiore, ritenendo che l'interpretazione perorata da Koprivnikar avrebbe portato ad una situazione deviante non solo dal dato normativo, ma anche dal senso comune; in tal senso si è mossa anche la *Supreme Court* slovacca, “pointing out that the latter court’s reasoning evidently showed that the historical interpretation of the rule on combining multiple sentences also had to be taken into account in assessing the aim of the legislature in enacting the provision at issue”¹⁶;

Koprivnikar ha adito la Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando che il cumulo disposto nei suoi confronti – più severo di quello previsto dalla *littera* della normativa slovacca in materia di cumulo fra più pene così come formulata nel 2008 – difettesse di una base legale, e violasse il principio *nullum crimen et nulla poena sine lege*.

Il ricorrente, tuttavia, non si è doluto esclusivamente d'essere stato destinatario dell'applicazione retroattiva di una disciplina a lui più sfavorevole: egli, infatti, ha principalmente stigmatizzato la metodologia ermeneutica adottata dalla *District court* di

¹⁵ “La *District court* di Ljubljana ha ritenuto che il Legislatore non intendesse stabilire una disciplina volta a consentire ai soggetti condannati a trent'anni di reclusione per uno dei reati in relazione ai quali, successivamente, sarebbe stato disposto un cumulo di trarre beneficio da una overall sentence che avrebbe diminuito di dieci anni la più grave delle condanne pronunciate nei confronti del soggetto di cui sopra” (traduzione a cura di chi scrive)

¹⁶ La *Supreme Court* ha evidenziato che “il ragionamento svolto dalla *Higher Court* manifestava un'evidente attenzione all'interpretazione storicamente orientata, valorizzando anche lo scopo del legislatore nello stabilire la disposizione in parola” (traduzione e adattamento a cura di chi scrive)

Ljubljana nell'opera di esegesi del disposto dell'articolo 53 c.p. funzionale all'esame della sua istanza di unificazione delle sanzioni inflittegli.

Koprivnikar ha affermato che *“the primary method of interpreting legal texts should be semantic interpretation”*, e che *“it was only where that method proved unsatisfactory in determining how a certain rule should be applied that other methods of interpretation should be applied”*.

Da ultimo, il ricorrente, pur concedendo che l'articolo 53 potesse essere legittimamente ritenuto *“unclear, ambiguous and deficient”* in virtù del complessivo ordinamento giuridico slovacco, ha affermato che le *“ambiguities”* e le *“deficiencies”* di una disposizione penale non dovrebbero mai essere interpretate a detrimento del reo.

I giudici di Strasburgo, nel decidere il caso *de quo*, hanno tenuto in considerazione la pluriennale giurisprudenza della Corte EDU secondo cui nessuna disposizione normativa può essere redatta talmente precisamente, in un qualsivoglia sistema legale, compreso il sotto-sistema penale, da precludere ogni margine d'interpretazione giudiziale: *“there will always be a need of elucidation of doubtful points and for adaption to changing circumstances”*.

Purtuttavia, per quanto più interessa ai fini della presente indagine, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che i giudici slovacchi che si sono occupati del cumulo delle pene disposto nei confronti di Koprivnikar abbiano interpretato il summenzionato secondo comma dell'articolo 53 c.p., ossia *“the deficient legal provisions”*, ricorrendo a *“different canons of interpretation and thereby coming to the conclusion that it should be understood as imposing a sentence of thirty years”*¹⁷, nonostante il fatto che *“that such a penalty was heavier than the maximum sentence **explicitly provided** for in the applied legal provision and that, having regard to the actual wording of that provision, it was clearly to the detriment of the applicant”*¹⁸.

La quarta sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha così ritenuto che Koprivnikar fosse stato destinatario di un trattamento sanzionatorio imprevedibile, e pertanto ha rilevato una violazione dell'art. 7 della C.E.D.U..

¹⁷ *“Differenti canoni ermeneutici, così giungendo a concludere che l'articolo 53 doveva essere interpretato come atto ad imporre una pena di trent'anni di reclusione”* (traduzione a cura di chi scrive)

¹⁸ *“A dispetto del fatto che una simile pena fosse più severa del massimo editale espressamente previsto dalla disposizione applicabile e nonostante fosse chiaro che tale interpretazione andasse a detrimento del reo, avuto riguardo alla reale formulazione della menzionata norma”* (traduzione e adattamento a cura di chi scrive)

Diverso, invece, è stato l'avviso del giudice SAJÓ: questi, nella propria *dissenting opinion*, ha rilevato, in primo luogo, che la Corte EDU, negli anni, ha ritenuto i giudici titolati a servirsi d'uno strumentario esegetico complesso, non limitato alla *littera legis*; SAJÓ, pertanto, ha stigmatizzato l'orientamento espresso dai suoi colleghi nel caso di specie.

Nella *dissenting opinion de qua*, oltretutto, si sottolinea come nessuno possa ragionevolmente ritenere che un legislatore permetta ai giudici, in sede di applicazione della disciplina del cumulo di più pene, di decrementare nella misura di 1/3 l'entità di una sanzione della reclusione pari a trent'anni in virtù della mera ragione che a questa vada a sommarsi una condanna di modesta entità: SAJÓ aggiunge che i giudici slovacchi abbiano correttamente inteso gli scopi perseguiti dal legislatore, correggendo un evidente errore commesso da questi; il giudice *dissenter*, infine, precisa che sposare l'opposto orientamento interpretativo implicherebbe la ratifica di una "*sentencing procedure [...] unjust, arbitrary and absurd, with persons convicted of multiple homicides being sentenced to ten years less than a person convicted of only one murder*".

5. La lenience come criterio di accertamento della *foreseeability* della legge penale e non anche del significato da attribuire alle disposizioni penali

Nella decisione assunta dalla Corte EDU in *Koprivnikar c. Slovenia* – nonché nella *dissenting opinion* del giudice SAJÓ – rilevano tutti i nodi problematici esaminati sino a questo punto della presente trattazione: i giudici di Strasburgo si sono trovati al cospetto di una disposizione normativa che, interpretata atomisticamente, finisce per esprimere una *regula juris* indesiderabile (il secondo comma dell'art. 53 del codice penale slovacco, nella sua formulazione risalente al 2008); in ordine a detta disposizione – come correttamente rilevato dal giudice *dissenter* – sarebbe possibile compiere un percorso ermeneutico controllabile e ragionevole; una simile operazione, tuttavia, rischia di porsi in contrasto con gli interessi tutelati dall'art. 7 della C.E.D.U..

I giudici slovacchi, a giudizio di chi scrive, hanno dimostrato di saper effettuare una meticolosa ricognizione e valorizzazione di tutti gli elementi in virtù dei quali può superarsi un dato letterale irrazionale senza esorbitare dai propri compiti; purtuttavia, correttamente la IV° sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che una simile esegesi potesse condurre all'elaborazione di una norma imprevedibile per i consociati – e per il signor Koprivnikar; d'altro canto, non può dirsi che la *District court* di Ljubljana e le altre

corti slovacche pronunciate nel caso di specie siano giunte ad una conclusione assolutamente necessaria, posto che neppure il “*bilanciamento tra criteri esegetici*” compiuto dalla Corte EDU può dirsi del tutto irragionevole.

La sopra richiamata distinzione fra *conduct rules* e *decision rules* può aiutare a sciogliere la tensione fra le opposte istanze che vengono in gioco in ordine al caso in esame.

È corretto che l’art. 53, co. II° del codice penale slovacco, inteso come disposizione idonea a veicolare un messaggio di cui sono destinatari i consociati, venga interpretato restrittivamente; la disposizione in questione, tuttavia, non è solo questo; essa esprime, altresì, una *decision rule*, ossia un parametro in ossequio al quale assumere delle decisioni giudiziali.

In tale ottica, è doveroso riconoscere rilevanti ragioni sia al *dissenter* SAJÓ che ai suoi colleghi: al primo in quanto la magistratura non può non essere pienamente legittimata ad eseguire interpretazioni complesse – e razionali – del dato normativo, così da comprendere quali siano le *decision rules* in ossequio alle quali essa stessa deve operare; i secondi in quanto la ponderazione fra più criteri ermeneutici, come ritenuto da chi scrive, è fisiologicamente caratterizzata da esiti spesso imprevedibili, anche laddove si assuma la legalità come canone esegetico preminente, ed i consociati hanno il diritto di non correre alcun “*rischio penale*” a causa di tale circostanza.

Il più equilibrato bilanciamento fra le ragioni *de quibus*, secondo lo scrivente, può ottenersi ragionando come se i destinatari delle norme penali ed i giudici si trovassero in due distinte “*acoustic chambers*” separate fra loro¹⁹: i primi hanno il diritto di fare affidamento sulle *decision rules* da loro “*percepite*”; i secondi, invece, hanno il dovere di elaborare le proprie *decision rules* senza che una simile operazione, dagli output potenzialmente imprevedibili, ridondi sui consociati, i quali, nei cosiddetti “*cases of first impressions*” dovranno sempre beneficiare dell’interpretazione maggiormente clemente, secondo direttrici applicative analoghe a quelle in ossequio alle quali hanno assunto la propria decisioni i giudici di Strasburgo nel caso *Kopravnic c. Slovenia*.

6. Alcune conclusioni

¹⁹ Sulla nozione di “*acoustic chamber*” in campo legale si rinvia al già menzionato articolo di M. DAN COHEN, *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*.

La rappresentazione della generalità dei consociati e della “*comunità dei giudici*” come due “*acoustically sealed chambers*” costituisce un utile strumento concettuale per tentare di offrire una soluzione alla problematica oggetto della presente trattazione, e ciò in quanto consente di chiarire inequivocamente in cosa consista la prospettiva che si deve assumere allorquando si procede ad accertare la *foreseeability* di un’interpretazione d’una legge penale.

I cittadini, ove intendano prestare ossequio alla *criminal law*, sono chiamati a determinarsi “*etero-nomamente*”, ossia inducendo da qualcosa che è “*altro da loro*” – la *criminal law* – i limiti e le conseguenze del proprio agire; prima che un giudice “*auto-nomamente*” proceda all’interpretazione ed alla contestuale applicazione del parametro comportamentale *de quo*, tuttavia, esistono soltanto *conduct rules*.

I consociati possono accedere a dette regole sulla base della propria scienza, oppure – ove occorra – con l’ausilio di soggetti esperti; il cittadino, essendo tenuto ad avvalersi della mediazione di *lawyers*, è *de facto* chiamato ad adoperare l’ordinario strumentario ermeneutico del giurista, e non può invocare il diritto di approcciarsi alla Legge adoperando esclusivamente i propri mezzi intellettuali e linguistici.

I risultati correlati all’utilizzo del predetto strumentario, però, variano in notevole misura a seconda del giudizio di bilanciamento che può compiersi fra le istanze assiologiche, sistematiche ed istituzionali sottese ai principali criteri ermeneutici: nessun *canon* è ideologicamente neutro, né capace di imporsi completamente sugli altri, incluso quello dell’interpretazione tassativizzante.

Ciò posto, il cittadino, una volta determinatosi a rispettare i divieti stabiliti dal diritto penale, non può essere responsabilizzato dall’ordinamento giuridico oltre il ragionevole, ossia al punto da dover formulare una prognosi in ordine a quali bilanciamenti verranno effettivamente compiuti in sede giurisdizionale fra le istanze sottese ai *canoni* esegetici rispettati dai giudici, né gli si può imporre di astenersi dall’agire: un simile obbligo comporterebbe la rottura del patto sociale, in quanto i consociati non sarebbero soggetti soltanto a leggi stabilite secondo procedure democratiche, bensì anche a norme del tutto ipotetiche, non ancora debitamente definite – *rectius*, “*tassativizzate*” né in sede parlamentare né in sede giurisdizionale.

La complessa multiformità dell’ermeneusi legale, pertanto, deve restare quanto più possibile affare della magistratura; essi sono chiamati ad elaborare orientamenti e tecniche tesi a limitarla, al fine di permettere la sostanziale sovrapposizione, nel tempo, fra *conduct rules* e

decision rules al massimo grado possibile – la possibilità di adottare la dottrina dello *stare decisis*, d'altronde, si iscrive proprio entro tale progetto.

Ove ciò non sia ancora avvenuto, tuttavia, dovrà riconoscersi l'*ignorantia legis* scusabile del soggetto che ha confidato in una regola di condotta *lenient*, senza però che ciò incida sulla possibilità di elaborare una valida *decision rule* per i casi a venire.

Applicare la *lenity rule* solo in ordine alle *conduct rules* appare un modo equilibrato per massimizzare le istanze sottese al principio della *fair notice* nel campo del diritto penale senza, tuttavia, correre il rischio di sacrificare irrazionalmente i fisiologici margini di discrezionalità interpretativa del giudice.

Come riportato sopra, negli Stati Uniti la *lenity rule* è stata applicata nella sua versione debole, a partire dagli anni '70, proprio per minimizzare i costi che essa – qualora venga applicata rigidamente – sovente implica.

5. La *stare decisis doctrine* come strategia di amministrazione del formante giurisprudenziale tesa a garantire la *foreseeability* del diritto penale: vecchi problemi per un nuovo orizzonte?

1. L'assoluta necessità di garantire la prevedibilità del diritto penale sul piano della *law in action* – 2. La vincolatività *soft* dei precedenti giudiziari della Corte di cassazione, secondo l'attuale stato dell'arte della giurisprudenza di legittimità in materia – 3. Lo sporadico accoglimento, da parte della Corte di cassazione, del principio dello *stare decisis* come valore ordinante l'attività giurisdizionale – 3.1. L'accoglimento del principio dello *stare decisis* compiuto dalla III° Sezione civile della Corte di cassazione nel 1995 – 3.2. L'immanenza del valore dello *stare decisis* nell'ordinamento giuridico italiano secondo le Sezioni Unite n. 13620/2012 della Cassazione civile – 4. Lo *stare decisis* come valore già immanente all'ordinamento giuridico italiano: un'ipotesi azzardata? – 5. I valori sottesi alla *stare decisis doctrine* secondo la tradizione giuridica anglosassone – 6. I valori che – anche negli ordinamenti giuridici di *common law* – si pongono in contrasto con l'affermazione della *stare decisis doctrine* – 7. *Better settled than settled right?* Il principale dilemma ricoglibile all'accoglimento della *stare decisis doctrine* nell'ordinamento giuridico italiano – 8. La possibilità che in relazione all'interpretazione di una disposizione normativa sussista un margine di incertezza ed i suoi riflessi in ordine alla problematica dell'attrito fra la *stare decisis doctrine* e la *rule of law* – 9. Una modesta proposta per un corretto bilanciamento fra l'istanza della *rule of law* e quella – sottesa allo *stare decisis* – della *foreseeability* – 10. Il sottile confine fra errore interpretativo e opzione esegetica opinabile ma non manifestamente erronea – 11. L'ipotesi della *stare decisis doctrine* come un'"etica del precedente" fondata sul tessuto assiologico costituzionale attuale e non come mera tecnica di "ingegneria giudiziaria" – 12. L'ipotesi della *stare decisis doctrine* come un'"etica del precedente" fondata sul tessuto assiologico costituzionale attuale e non come mera tecnica di "ingegneria giudiziaria" – 13. Il disconoscimento d'ogni vincolatività ai *precedents* sfavorevoli al reo: un'opzione obbligata? – 14. L'indeterminatezza del confine fra le *rationes decidendi* di un precedente giudiziario e i *dicta ibi* contenuti come nuovo percorso di ricerca da intraprendere per comprendere l'effettività della *stare decisis doctrine*

1. L'assoluta necessità di garantire la prevedibilità del diritto penale sul piano della *law in action*

Con felice metafora, si è detto che “*solo scendendo al livello della law in action il principio di legalità avrà forse più speranze di combattere ad armi pari il suo match con la giurisprudenza*”, posto che “*nella dimensione in the books, i suoi pugni, per quanto forti,*

non di rado non raggiungeranno l'avversario, e si infrangeranno inesorabilmente contro la 'campana di vetro' dell'ingenuo 'diritto dei libri'”¹.

Alla luce di quanto si è detto nei capitoli precedenti, non si può che concordare con le osservazioni appena richiamate.

Prima di procedere ad approfondire siffatta tematica, chi scrive ribadisce che affermare che il principio di determinatezza della fattispecie penale non vada necessariamente inteso come un rigido parametro di costruzione delle disposizioni penali, bensì possa essere ripensato come un'istanza sottoponibile a bilanciamento con altri interessi, rappresenti una soluzione provvisoria – quasi “*emergenziale*”! – alla quale non possono disconoscersi profili di problematicità; la proposta di tale soluzione, tuttavia, è dettata esclusivamente dal timore che il principio di legalità, nell'ambito dello *ius criminale*, rischi di rivelarsi, col tempo, sempre meno “*performante*”, ove inteso soltanto secondo le tradizionali linee di pensiero.

Oltretutto, chi scrive ben comprende quanto lo scetticismo in ordine alla possibilità di elaborare uno stabile codice ermeneutico mediante il quale i giudici possano adottare decisioni prevedibili in ambito penalistico contribuisca in misura apprezzabile a compromettere le istanze sottese ai principi di *foreseeability* e *accessibility* della *criminal law*, così come proclamate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e recepite dall'ordinamento giuridico nostrano.

È per le superiori ragioni, pertanto, che si ritiene di dover aderire all'idea formulata da autorevole dottrina secondo la quale l'opera di garanzia della prevedibilità del diritto penale non possa che essere condotta, in gran parte, presso il campo della *law in action*.

Sul punto, nell'ambito del panorama dottrinale italiano, la proposta più coraggiosa – nonché quella maggiormente meditata – che ad oggi sia stata formulata è quella di CADOPPI, il quale suggerisce di attribuire una relativa vincolatività ai precedenti giudiziari, al fine di perseguire efficacemente i valori sottesi al principio di cui all'art. 25, co. II° Cost. ed ai suoi corollari²;

¹ Così A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, p. 156.

² Si respingono sin d'ora, pertanto, i rilievi critici formulati da parte della dottrina statunitense secondo cui – sulla base dei migliori risultati delle scienze comportamentali – deve ritenersi che la *stare decisis doctrine* rappresenti esclusivamente il portato di molteplici *bias* cognitivi. Secondo G.U. JOIS, in particolare, lo *stare decisis* è legato soltanto all'inconscia tendenza umana a prediligere lo *status quo* in luogo delle innovazioni, a sopravvalutare le soluzioni adottate in passato, a seguire le decisioni prese dagli altri e a seguire sentieri già battuti (così G.U. JOIS, *Stare Decisis is Cognitive Error*, *Brooklyn Law Review*, 2009, p. 63). In questa sede non si pretende di contraddire le acquisizioni culturali sulla base delle quali si reggono le conclusioni *tranchant* del predetto Autore – e, d'altronde, la presente trattazione non può certo mirare a questo. Ciò posto, a giudizio di chi scrive, la circostanza che le linee operative della *stare decisis doctrine* coincidano, nei fatti, con

i vantaggi correlati all'implementazione di una simile proposta sono molteplici, come si dirà *infra*; in particolare, l'adozione d'una qualche versione della *stare decisis doctrine* può esplicare auspicabili effetti ordinanti dell'evoluzione pretoria del diritto, prevenendo la maggior parte dei conflitti giurisprudenziali sincronici³ e limitando le ipotesi più problematiche di incertezza del diritto ai cosiddetti *overruling* – ossia ad operazioni la misura de cui tasso di legittimità e di prevedibilità costituisce un problema di non poco momento anche nei paesi di *common law*.

Ciò premesso, appare doveroso sin d'ora rammentare come quotidianamente i giudici facenti parte dei plurimi apparati giurisdizionali italiani – dunque non soltanto di quello ordinario – facciano un uso abbondante di richiami a precedenti arresti giudiziari – promananti, in particolare, dalla Corte di cassazione, e più raramente dalle corti di merito – per legittimare le proprie decisioni.

Siffatta pratica – com'è noto a chiunque abbia una sia pur minima esperienza delle cose del foro – non costituisce una mera strategia retorica: l'adesione ai principi espressi in una sentenza delle supreme giurisdizioni, infatti, non rappresenta un mero argomento *ex auctoritate*, ma costituisce una prerogativa del giudice connotata, a ben guardare, financo da profili di doverosità.

2. La vincolatività *soft* dei precedenti giudiziari della Corte di cassazione, secondo l'attuale stato dell'arte della giurisprudenza di legittimità in materia

L'adesione da parte dei giudici italiani ai precedenti giudiziari della Corte di cassazione, secondo lo stato dell'arte della giurisprudenza di legittimità in materia, è pratica

prassi cognitive distorte è di ben poca rilevanza: la *doctrine* in parola, infatti, non muove certo dall'esigenza di correggere gli errori cognitivi dei giudici; essa non solo sembra costituire un “*mero*” meccanismo di riparto della potestà normativa *de facto* “*appaltata*” dal Legislatore ai giudici, ma addirittura, come più diffusamente si dirà *infra*, è programmaticamente destinata a conservare gli errori cognitivi dei magistrati, sebbene soltanto entro una certa misura – e proprio l'effettiva ampiezza di tale misura costituisce annosa materia di discussione da parte della dottrina e della giurisprudenza dei paesi di *common law*.

³ Invero, come si dirà *infra*, l'adozione – più o meno formale – della *stare decisis doctrine* è inidonea, di per sé sola, a prevenire ogni possibile conflitto giurisprudenziale sincronico, e ciò sia perché l'interpretazione di un precedente giudiziale costituisce un'operazione talmente problematica da poter ingenerare conflitti giurisprudenziali sincronici “*di secondo livello*” – appuntati sull'interpretazione non di disposizioni normative, bensì dei *precedents* – sia perché a fare la differenza, nel campo di cui qui ci si occupa, è anche – se non soprattutto – la concreta organizzazione dell'apparato giurisdizionale tutto.

caratterizzata da una natura ancipite: essa costituisce tanto una sorta di obbligo – la cui violazione si sostanzia in una smagliatura di rilievo della trama istituzionale così come disegnata dal Legislatore – quanto una facoltà – il cui esercizio normalmente consente ai giudici di sollevarsi da ogni responsabilità in ordine ad eventuali violazioni di legge – sostanziale e processuale – da loro perpetrate mediante i propri provvedimenti.

Ciò detto, va precisato che, secondo quanto stabilito dai giudici di legittimità, i giudici di merito sono tenuti a rispettare i *dicta* della Suprema Corte, potendosene discostare soltanto motivando adeguatamente il proprio dissenso: ciò si giustificerebbe in virtù del fatto che è la Cassazione ad essere “*istituzionalmente*” investita del potere – e del dovere – di assicurare la corretta interpretazione delle disposizioni normative vigenti, ai sensi dell’articolo 65 dell’ordinamento giudiziario⁴.

È ampiamente ragionevole ritenere, d’altronde, che – pur nel contesto di un ordinamento *civil law* come il nostro, ove il riconoscimento del principio dello *stare decisis* è ritenuto da sempre non poco problematico – l’espreso appalto della nomofilassi da parte del Legislatore ad un singolo organo giurisdizionale imponga che le decisioni di quest’ultimo vadano adeguatamente tenute in conto nella quotidiana prassi giudiziaria da parte dei giudici di primo e di secondo grado⁵.

Ciò posto, l’adesione alle decisioni rese dai giudici della nomofilachia non costituisce soltanto “*un dovere*” le due categorie di magistrati da ultimo menzionate, bensì rappresenta anche “*una facoltà*” il cui esercizio, a ben guardare, può aiutare il giudice, *de facto*, a

⁴ Ai sensi dell’art. 65, comma I° dell’ordinamento giudiziario, la Corte di cassazione italiana è chiamata a svolgere due tipologie di compiti: da un lato, essa assicura l’esatta applicazione della legge, contribuendo a risolvere le controversie sottoposte al suo scrutinio; dall’altro, i giudici di legittimità sono chiamati a garantire l’uniforme interpretazione delle disposizioni normative vigenti, esercitando la propria funzione nomofilattica. Ritiene che la disposizione normativa di cui sopra imponga un dovere ai giudici di merito di conoscere il diritto vivente, così come plasmato dalla Suprema Corte, G. COCCO, *Verso una cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile* in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.2/2016, p. 381.

⁵ Vero è, tuttavia, che – come rilevato da S. MAZZAMUTO in *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di ‘enforcement’ del precedente*, in *Politica del diritto*, n. 2/2003, p. 159, l’obbligo di motivazione rinforzato imposto al giudice di merito che intenda discostarsi dai precedenti della Suprema Corte “*non gioca [...] nessun ruolo*” di rilievo, posto che “*se la Cassazione ravvisa l’errore di diritto cassa comunque per violazione di legge, e non certo per incongruità della motivazione*”; pare, pertanto, di poter affermare che l’onere motivazionale in oggetto rappresenti finisca per rappresentare quasi un “*dovere deontologico*”, ossia la manifestazione delle pregnanti ragioni per le quali il giudice ritiene di poter muoversi al di là del peculiare riparto di “*competenze giurisdizionali*” che l’art. 65 dell’ordinamento giudiziario sembra tracciare; nel medesimo senso si esprime ID, *ibidem*.

sgravarsi da profili di responsabilità civile e disciplinare, qualora gli venga addebitato di aver commesso una violazione di legge nell'esercizio delle proprie funzioni⁶.

Autorevole dottrina ha rilevato che una siffatta dinamica può implicare non poche degenerazioni, soprattutto laddove, in sede di giudizio disciplinare, si contesta ai magistrati, puramente e semplicemente, di aver violato “*principi di diritto pacifici ed universalmente condivisi*”, al netto di qualsivoglia valutazione circa l'opportunità di procedere ad *overruling* rispetto ai principi *de quibus*⁷.

3. Lo sporadico accoglimento, da parte della Corte di cassazione, del principio dello *stare decisis* come valore ordinante l'attività giurisdizionale

Quanto riferito *supra*, a ben guardare, rappresenta una storia ben nota a qualunque osservatore attento alla problematica del rilievo attribuibile nell'ordinamento italiano ai precedenti giudiziari.

Altrettanto noto è che le Sezioni Unite, in ambito processualcivilistico, abbiano adottato, nel recente passato, la cosiddetta tecnica del *prospective overruling*, di modo da elidere la lesione dell'affidamento nutrito dalle parti di un giudizio derivante dall'imprevisto mutamento di un orientamento interpretativo inerente norme procedurali⁸.

Meno risaputo, tuttavia, è che le sezioni civili della Cassazione abbiano affermato *apertis verbis* come entro il sistema legale nostrano viga il principio dello *stare decisis*, e che lo stesso operi secondo il suo tradizionale duplice ordine di declinazioni: in senso verticale –

⁶ ID. in *op. cit.*, p. 163, rileva che il sindacato della Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura accerta dei “*veri e propri errori dei magistrati nell'interpretazione ed applicazione della legge, consistenti nella difformità rispetto agli orientamenti consolidati*”.

⁷ Così ID, *ibidem*.

⁸ Si fa riferimento a *Cass. civ, Sez. un., 11/07/2011, n. 15144*: nell'arresto *de quo*, come noto, si sostiene che qualora un “*overruling*” sia connotato dal carattere dell'imprevedibilità – “*per aver agito in modo inopinato e repentino sul consolidato orientamento pregresso*” – allora è giustificata una sorta di scissione tra “*il fatto*” oggetto di scrutinio giurisdizionale – nel caso oggetto della sentenza in parola, il comportamento della parte risultante *ex post* non conforme al codice di procedura civile – e l'effetto ad esso correlabile, “*di preclusione o decadenza*”, che ne dovrebbe derivare; secondo i giudici di legittimità, da ciò consegue che - in considerazione del bilanciamento dei valori in gioco, tra i quali assume preminenza quello del giusto processo (art. 111 cost.), volto a tutelare l'effettività dei mezzi di azione e difesa – deve escludersi l'operatività della preclusione o della decadenza derivante da “*overruling*” nei confronti della parte che abbia incolpevolmente confidato – “*e cioè non oltre il momento di oggettiva conoscibilità dell'arresto nomofilattico correttivo, da verificarsi in concreto*” – nella consolidata precedente interpretazione della regola stessa, la quale, sebbene soltanto sul piano fattuale, aveva comunque creato “*l'apparenza di una regola conforme alla legge del tempo*”.

come dovere da parte dei giudici di merito di adeguarsi ai *dicta* della Suprema Corte – ed in senso orizzontale – come dovere da parte della stessa Cassazione di discostarsi dai propri *precedents*.

È appena il caso di sottolineare come siffatti asserti non muovano dalla circostanza che il Legislatore italiano abbia previsto congegni tali da riconoscere un ruolo para-normativo ai giudici della nomofilachia – ci si riferisce, in particolar modo, al cosiddetto “*filtro*” di cui all’art. 360-*bis* del codice di procedura civile.

Al fine di meglio comprendere la portata dell’orientamento qua richiamato, urge una breve disamina di alcune delle sentenze che, anche nel passato recente, sono andate ad esprimerlo.

3.1.L’accoglimento del principio dello *stare decisis* compiuto dalla III° Sezione civile della Corte di cassazione nel 1995

Già nel 1995, la III° Sezione della Corte di cassazione civile ha stabilito che, benché non esista nel sistema processuale italiano una norma che imponga la regola dello “*stare decisis*”, questa, tuttavia, “*costituisce un valore o una direttiva di tendenza, immanente nel nostro ordinamento*”⁹; nell’arresto *de quo* si attesta che in forza di siffatto “*valore*”, i magistrati di merito non debbano discostarsi dalle interpretazioni consolidate che la Suprema corte ha precedentemente formulato in ordine alle disposizioni normative vigenti, e ciò in quanto deve rispettarsi l’esercizio che la Corte di cassazione fa della funzione nomofilattica della quale è “*istituzionalmente*” investita; ne consegue che – come rammentato nel precedente paragrafo – i giudici di primo e di secondo grado non si possano discostare dalle predette interpretazioni “*senza una ragione giustificativa*”.

Nell’ambito della sentenza qui richiamata, dai principi di cui sopra viene desunta la possibilità che il giudice – di merito o di legittimità – possa adempiere regolarmente al proprio dovere di motivazione anche laddove si limiti a richiamare *per relationem* “[gli] orientamenti consolidat[i] della Corte regolatrice”.

L’arresto in parola, tuttavia, risulta meritevole di attenzione non tanto in ordine a tale conclusione, bensì, come accennato *supra*, rispetto all’idea *ivi* espressa che lo “*stare decisis*” costituisca un’istanza immanente al nostro ordinamento al di là d’ogni sua formale ricezione mediante una disposizione di rango costituzionale, o anche solo legislativo!

⁹ Così Cass. civ., Sez. III°, n. 1999/1996.

Ancor più degna d'attenzione è la circostanza che i giudici di legittimità non si siano limitati a ritenere operativo, nel sistema normativo italiano, il cosiddetto “*stare decisis verticale*”, bensì anche quello orizzontale: la Corte di cassazione, secondo l'arresto in parola, è tenuta ad adeguarsi ai propri precedenti, laddove una ragione giustificativa adeguata non imponga di adottare decisioni di segno diverso.

3.2.L'immanenza del valore dello *stare decisis* nell'ordinamento giuridico italiano secondo le Sezioni Unite n. 13620/2012 della Cassazione civile

Particolarmente degna di rilevanza è la circostanza che la Corte di cassazione civile, nella sua suprema composizione, abbia ritenuto lo *stare decisis* un principio immanente al nostro ordinamento, in termini ancora più forti ed univoci rispetto all'arresto richiamato nel precedente paragrafo.

Le Sezioni Unite, nella sentenza n. 13620/2012, hanno ritenuto inammissibile un ricorso straordinario per cassazione proposto, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, nei confronti di un provvedimento pronunciato dal Presidente di un Tribunale in ordine alla determinazione del compenso e delle spese dovuti a degli arbitri, ai sensi dell'articolo 814, II° comma del codice di procedura civile.

La Cassazione ha proceduto in tal senso ritenendo che, benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisca, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità “*senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative*”.

I giudici di legittimità hanno altresì dato rilievo all'importanza che la *stare decisis doctrine* può assumere entro i settori dell'ordinamento giuridico ove “*l'esigenza di un adeguato grado di certezza si manifesta con maggiore evidenza*”: in particolare, secondo l'impostazione della Suprema Corte – laddove siano compatibili con la lettera di una disposizione processuale due diverse interpretazioni, deve preferirsi quella sulla base della quale si sia formata “*una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della [...] Cassazione*”.

È appena il caso di evidenziare che nell'arresto *de quo* non si afferma che ogni *precedent* promanante dall'organo giurisdizionale della nomofilachia vincoli, di per sé solo, tanto i giudici di merito quanto i giudici di legittimità chiamati a pronunciarsi, successivamente,

sulla medesima tematica giuridica che ne costituisce l'oggetto: la *stare decisis doctrine* elaborata dalle Sezioni Unite, invece, pare concernere esclusivamente orientamenti caratterizzati da un certo tasso di stabilità – e ciò in ossequio a direttrici analoghe a quelle tracciate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49/2015, nella quale si afferma che i giudici italiani sono tenuti a porre a fondamento delle proprie interpretazioni gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo ai quali possa riconoscersi un apprezzabile consolidamento¹⁰.

4. Lo *stare decisis* come valore già immanente all'ordinamento giuridico italiano: un'ipotesi azzardata?

A parere di chi scrive, la giurisprudenza della Corte di cassazione sopra richiamata, accogliendo lo *stare decisis* come valore immanente all'ordinamento italiano, coglie sì alcuni dati di rilievo – primo fra tutti, il bisogno di garantire la stabilità della *law in action* entro determinati ambiti normativi “*sensibili*” – ma trascura molte delle problematiche sottese alla *doctrine* in parola.

D'altronde, qualificare la vincolatività dei precedenti giudiziari promananti dai giudici della nomofilachia come un “*valore*” non appare esatto: lo *stare decisis* pare configurarsi, invero, come una strategia di riparto del potere normativo *de facto* appaltato dal Legislatore ai giudici, e non come un *fine in sé*.

D'altra parte, deve rilevarsi che una piena adozione nell'ordinamento italiano della *stare decisis doctrine* (tanto nella sua dimensione verticale quanto entro quella orizzontale) pare preclusa – secondo la quasi totalità della dottrina – dal disposto di cui al II° comma dell'art. 101 della Costituzione, in virtù del quale il giudice è soggetto “*soltanto alla legge*”; non va dimenticato, peraltro, che la sentenza n. 230/2012 del Giudice delle leggi ha affermato a chiare lettere che ogni diversa conclusione presenti un carattere “*sovversivo*”¹¹, finendo per

¹⁰ Di recente, la sezione autonoma per le misure di prevenzione del Tribunale di Milano, con decreto del marzo 2017, ha disconosciuto ai principi espressi nella sentenza De Tommaso della Corte europea dei diritti dell'uomo il valore di “*diritto euro-convenzionale consolidato*”, ritenendo che, a certe condizioni, anche un arresto della *Grande Chambre* sia inidoneo a vincolare i giudici italiani: per un commento sul provvedimento de quo, S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato in Diritto Penale Contemporaneo*.

¹¹ Come noto, la sentenza *de qua* è stata emanata all'esito di un giudizio di costituzionalità (promosso dal Tribunale di Torino) avente ad oggetto l'articolo 673 del codice di procedura penale: il giudice rimettente riteneva la predetta disposizione processuale incostituzionale nella parte in cui non

mettere – quantomeno in apparenza – una pietra tombale sulla problematica oggetto della presente trattazione; inoltre, neppure la Corte europea dei diritti dell'uomo sembra richiedere una perfetta omogeneità degli orientamenti giurisprudenziali – sia in chiave sincronica che diacronica – richiedendo esclusivamente che la “*domestic law*” preveda meccanismi atti a garantire la risoluzione di “*profound and long-standing differences*” nella *case-law*¹².

Lo stesso CADOPPI – pur favorevole, come accennato *supra*, all'attribuzione di una certa vincolatività agli arresti della Corte di cassazione – ritiene che nell'ordinamento giuridico italiano non vi sia alcuna disposizione atta a conferire rilevanza vincolante ai precedenti giudiziari: secondo il citato Autore, norme come l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario e come l'articolo 618 del codice di procedura penale – pur costituendo un *humus* favorevole al riconoscimento d'una qualche forza non meramente “*persuasiva*” ai *precedents* promananti dai giudici della nomofilachia – non integrano uno “*jus conditum*” sufficientemente solido da imporre di ritenere implementabile nell'ordinamento giuridico italiano, ad oggi, la *stare decisis doctrine*¹³; la genesi legislativa dell'art. 618 c.p.p., inoltre, non farebbe che confermare detto assunto¹⁴.

La giurisprudenza penale, nella prospettiva dell'Autore, non è vincolata ad utilizzare gli strumenti processuali a sua disposizione per garantire le istanze sottese alla *stare decisis doctrine* coniata nel mondo anglosassone – strumenti fra i quali spicca, in particolar modo,

prevede la possibilità di revocare una sentenza di condanna, un decreto penale di condanna oppure una sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato. La Corte costituzionale ha ritenuto che la pronuncia additiva richiesta dal Tribunale di Torino avrebbe comportato una vera e propria “*sovversione di sistema*”, in quanto volta a creare un generale rapporto di gerarchia tra le Sezioni unite e i giudici dell'esecuzione, al di fuori del giudizio di rinvio.

¹² Per la Corte europea dei diritti dell'uomo, i conflitti giurisprudenziali vanno stigmatizzati alla luce dell'art. 6, co. I° della C.E.D.U. esclusivamente ove gli stessi consistano in “*profound and long-standing differences*” nella *case law* delle corti nazionali; oltretutto, per la Corte EDU rileva che la “*domestic law*” preveda “*a machinery capable of overcoming these inconsistencies*”, ossia “*meccanismi atti a garantire il superamento di tali incoerenze*”; detta “*machinery*”, inoltre, deve essere concretamente operativa (*ex plurimis*, si rinvia a *Stankovic e Trajkovic c. Serbia*, 22 marzo 2016, n. 37194/08 e 37260/08).

¹³ Così A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, p. 300.

¹⁴ Id., *ibidem*, ritiene che la vicenda della genesi legislativa dell'art. 618 c.p.p. imponga di ritenere che il nostro ordinamento non attribuisce alcuna vincolatività al precedente giudiziario; la predetta disposizione, nel Progetto definitivo del codice di procedura penale, prevedeva che le sezioni semplici della Corte di cassazione si adeguassero ai precedenti delle Sezioni Unite; in caso contrario, le stesse avrebbero dovuto rimettere i ricorsi alle SS.UU.; siffatta formulazione dell'articolo in parola non venne accolta, come rilevato da CADOPPI, in virtù dell'arditezza dell'attribuzione di una tendenziale vincolatività dei *precedents*.

la possibilità di rimettere questioni interpretative alle Sezioni Unite prevista dalla summenzionata disposizione del codice di rito: siffatta libertà operativa, a parere di CADOPPI, è “*ratificata*” dal riconoscimento dell’indipendenza dei giudici di cui al secondo comma dell’articolo 101 della Costituzione.

Non può che concordarsi con CADOPPI laddove egli ritiene – muovendo dai superiori elementi di *legislative history* – che il legislatore ordinario non abbia mai intrapreso iniziative normative specificamente volte ad attribuire un qualche grado di vincolatività alla giurisprudenza – quantomeno a quelli della Corte di cassazione.

Sebbene non sussistano apprezzabili motivi per discostarsi da siffatta condivisibile affermazione, non pare del tutto inutile chiedersi, tuttavia, se, alla luce della complessiva trama della carta costituzionale, possano comunque rinvenirsi spunti in virtù dei quali arrivare ad ipotizzare l’attuale implementabilità della *stare decisis doctrine* nell’ordinamento nostrano pur a fronte: a) dell’assenza di univoci indici normativi in tal senso; b) di un dato testuale quale quello dell’articolo 101, II° co.. della Costituzione.

L’obiettivo di una simile analisi non è soltanto quello di scoprire se la teorica in oggetto possa dirsi un autonomo “*valore*” immanente al sistema legale italiano – come invece ritenuto dalle sezioni civili della Corte di cassazione negli arresti richiamati *supra*; si intende, piuttosto, verificare se il tessuto assiologico dell’ordinamento nostrano valorizzi le istanze predicabili a favore dell’adozione dello *stare decisis* in misura maggiore rispetto a quelle contrarie ad esso.

Al fine di meglio abbozzare una soluzione a tale problematica, appare opportuno richiamare, dapprima, alcuni elementi di riflessione di taglio storico e comparatistico, al fine di comprendere, in particolare, se il principio della soggezione del giudice alla sola legge – o, per usare la terminologia anglosassone, la *rule of law* – precluda sempre e comunque di riconoscere ai *precedents* un’efficacia diversa ed ulteriore rispetto a quella meramente “*persuasiva*”, usualmente commisurata dall’autorevolezza dell’organo giurisdizionale dal quale essi promanano.

5. I valori sottesi alla *stare decisis doctrine* secondo la tradizione giuridica anglosassone

Come affermato precedentemente, lo *stare decisis* non costituisce un valore in sé: resta, dunque, da comprendere quali siano le esigenze che ne giustificano l’implementazione, e

per far ciò è bene muovere dalla riflessione compiuta in merito dalla dottrina e dalla giurisprudenza dei paesi di *common law*:

- a) Il principale pregio riconosciuto nel mondo anglosassone alla *stare decisis doctrine* è quello di garantire la stabilità (*stability*) e la prevedibilità (*predictability*) dell'interpretazione delle disposizioni normative, così da favorire la certezza del diritto e da implementare, conseguentemente, le esigenze connesse alla “*rule of law*”: trattasi di istanze ritenute dalla letteratura giuridica d'oltremarica e d'oltreoceano particolarmente rilevanti nel campo della *criminal law*, la qual cosa, com'è ovvio, nell'ambito della presente trattazione rappresenta il principale motivo d'interesse per la teorica in oggetto.

È soprattutto dalla storia della nascita e dell'evoluzione dello *stare decisis* che si possono trarre argomenti atti a confermare come all'origine di tale principio vi fossero proprio le istanze di cui sopra: se nei paesi di *civil law*, a cavallo fra il diciottesimo ed il diciannovesimo secolo, si è ritenuto che fosse la “*codificazione*” il principale strumento per rendere stabile e certo il diritto, nel mondo di *common law* i medesimi obiettivi sono stati perseguiti riducendo la discrezionalità del giudice attraverso la stabilizzazione dei pregressi orientamenti giurisprudenziali, nella consapevolezza che consentire a coloro i quali esercitano la funzione giurisdizionale di potersi liberamente orientare nell'interpretazione ed applicazione del diritto può dar vita ad un'amministrazione della giustizia caotica e contraddittoria¹⁵.

¹⁵ In tal proposito, è appena il caso di rilevare che, come affermato *supra*, la storia degli ordinamenti di *civil law* sembra essere quella d'una progressiva disillusione in ordine alla possibilità che il diritto possa pienamente identificarsi nella legge così come stabilita dal Legislatore: è da tale acquisizione, d'altra parte, che muove la presente indagine. Tuttavia, il mondo anglosassone pare aver maturato siffatte consapevolezze persino in tempi in cui la *statutory law* non era predominante negli ordinamenti di *common law* come oggi. Rispetto allo scenario giuridico statunitense, a titolo d'esempio, è utile porre mente a quanto riportato da C. NELSON – in *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, 2001, p. 12 – in riferimento ad alcune tesi espresse da uno dei padri fondatori degli Stati Uniti, MADISON, in un saggio contenuto nei *Federalist Papers*: quest'ultimo (già sul finire del diciottesimo secolo) stigmatizzava il mito secondo cui la *statutory law* possa essere elaborata dal Legislatore in maniera talmente perfetta da prevenirne ogni ambiguità; chi legifera, infatti, potrebbe essere imperito nell'elaborazione di norme tassative, o comunque potrebbe non essere a conoscenza dei casi concreti potenzialmente riconducibili alla legge così come posta; inoltre, gli *statutes* sovente si rivelano ambigui anche in virtù della fisiologica limitatezza del linguaggio umano, il quale non è mai così “*abbondante*” da offrire le parole necessarie ad esprimere ogni possibile idea complessa; come riferito da C. NELSON, MADISON, pertanto, al pari di molti suoi contemporanei, riteneva che la legge scritta fosse caratterizzata da un inevitabile margine di indeterminatezza (“*range of indeterminacy*”), in ciò esprimendo una consapevolezza in ordine alle potenzialità del linguaggio legale che, a parere di chi scrive, si avvicina in notevole misura a talune acquisizioni post-moderne; MADISON considerava la certezza e la prevedibilità del diritto condizioni necessarie al corretto sviluppo della società, affermando che esse non possano essere utilmente realizzate ove i giudici siano sempre liberi di adottare le proprie “*individual interpretation[s]*” per sciogliere le inevitabili ambiguità proprie della legge scritta (“*inevitable ambiguities in written*

Alla *doctrine* in oggetto è stata attribuita, negli anni la funzione di attribuire un maggior peso al valore della continuità dell'evoluzione giurisprudenziale – prevenendone il maggior numero di fratture possibile – rispetto al valore dell'accuratezza dell'applicazione della legge.

- b) Il principio dello *stare decisis*, secondo l'elaborazione della letteratura giuridica anglosassone, è funzionale anche a garantire la parità di trattamento dei destinatari delle disposizioni normative: prestare ossequio ai *precedents* è una strategia per trattare allo stesso modo casi simili (“*to treat like cases alike*”).
- c) La teorica in questione, inoltre, promuoverebbe “*l'impersonalità*” dell'amministrazione della giustizia, in quanto atta ad impedire che i giudici esperiscano interpretazioni delle disposizioni normative conformemente ad un retroterra culturale di tipo strettamente personale.

Come affermato da autorevole dottrina, è proprio il valore della *rule of law* a richiedere che i soggetti titolari del potere giurisdizionale esercitino le proprie prerogative entro un “*constraining framework*” – un quadro operativo vincolante – costituito da “*public norms*” piuttosto che sulla base delle proprie preferenze ideologiche¹⁶.

L'assicurazione dell’*“impersonality”* dell'applicazione della legge, a sua volta, viene ritenuta volta a rafforzare la legittimazione del potere giudiziario, o – per usare il linguaggio adoperato dalla *Supreme Court* statunitense nel caso *Planned Parenthood v. Casey* del 1992 – l'integrità istituzionale (“*institutional integrity*”) dell'apparato giurisdizionale tutto¹⁷.

6. I valori che – anche negli ordinamenti giuridici di *common law* – si pongono in contrasto con l'affermazione della *stare decisis doctrine*

laws”); alla luce di ciò, egli riteneva che una prassi regolare (“*a regular course of practice*”) potesse “*liquidare*” ogni problematica ermeneutica, stabilendo il significato delle disposizioni legislative oggetto di dubbi esegetici; una volta consolidatosi siffatto significato da parte d'una serie di decisioni giudiziarie sufficientemente argomentate (“*sufficiently deliberate*”), i giudici, nella prospettiva del predetto padre fondatore, dovrebbero considerarsi legati alle precedenti decisioni, anche laddove gli stessi avrebbero assunto deliberazioni di segno difforme rispetto ad esse. Per una disamina del pensiero di MADISON in ordine al valore del precedente come strumento volto a “*liquidare*” le ambiguità delle disposizioni legislative una volta per tutte, si rimanda a H.J. POWELL, *The Original Understanding of Original Intent*, in *Harvard Law Review*, 1985, p. 935 e ss.

¹⁶ Così J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, p. 3

¹⁷ Così *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)

Lo studio del tessuto assiologico che legittima l'adozione dello *stare decisis* non può esaurire l'orizzonte speculativo della presente disamina: è altrettanto importante verificare quali siano i “*contro-interessi*” che si pongono in contrasto con le istanze a favore del principio *de quo*; soltanto al termine di tale analisi potrà verificarsi se, ad oggi, l'ordinamento giuridico italiano riconosca una qualche forma di vincolatività ai precedents ulteriore rispetto a quella derivante dalla loro “*persuasività*”.

- a) Premesso quanto precede, va rammentato, come riportato *supra*, che la *stare decisis doctrine*, imponendo ai giudici di prestare ossequio ai precedenti giudiziari, mira principalmente a garantire la prevedibilità degli esiti dei processi: a ben guardare, nella dottrina anglosassone, è proprio l'esigenza di “*predictability*” della legge a fondare in misura preponderante la legittimità della teorica della quale ci si occupa in questa sede¹⁸.

Tuttavia, non sono in pochi a ritenere che i modelli argomentativi inevitabilmente necessari ai fini dell'implementazione della tecnica d'amministrazione del formante giurisprudenziale della quale qui si discute finiscano, in ultima analisi, per rendere la legge vigente “*unsettled and controversial*”¹⁹, così inverandosi un'esiziale eterogenesi dei fini: il quotidiano dibattito in ordine al significato di un precedente può giungere a livelli talmente conflittuali da frustrare completamente lo scopo di assicurare la prevedibilità della legge, così che la principale ragione per sposare la *stare decisis doctrine* potrebbe venire meno²⁰.

¹⁸ “*The cluster of considerations concerned with predictability occupies a prominent place both in justifications of stare decisis and in various conceptions of the rule of law*” / “*Il gruppo di considerazioni concernenti la prevedibilità della legge occupa un posto importante nella giustificazione dello stare decisis ed in varie concezioni della rule of law*” (traduzione a cura di chi scrive) (così Così J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, p. 12).

¹⁹ Sul punto, si rimanda a ID., *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *Getting to the Rule of Law*, 2011, p. 18 e ss, nonché a ID., *Thoughtfulness and the Rule of Law*, in *British Academy Review*, p. 1.

²⁰ Così ID., *Stare Decisis and The Rule of Law: a Layered Approach*, p. 13: “*People worry, argue, and bicker about the meaning of precedents, long after any predictability that the precedent might have sponsored has evaporated*” / “*La gente si preoccupa del significato dei precedenti, ci discute e ci bisticcia su, così a lungo che ogni istanza di prevedibilità promossa dal precedente finisce per dissolversi*” (traduzione a cura di chi scrive). Pur rispetto ad un sistema legale nell'ambito del quale discussa è la possibilità di implementare il principio dello *stare decisis*, riflette sull'idoneità dei precedenti della Corte di cassazione ad orientare la successiva giurisprudenza R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione politica delle corti di legittimità* in *Cass. pen.*, n. 7/8 2017, p. 2598; secondo l'Autore, una motivazione del Giudice della nomofilachia che sia “*in iure complessa e articolata, ricca di riferimenti dogmatici*” non indica un chiaro tracciato da seguire, bensì è spesso “*un mezzo per introdurre negli argomenti della giurisprudenza variazioni interpretative tutt'altro che chiarificatrici*”, al punto da porre il problema del “*precedente oscuro*” denunciato da G. GORLA nello scritto *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, estratto da *Quaderni del Foro Italiano*, 1967, p. 7; l'osservazione di Orlandi appare

b) Nella letteratura giuridica anglosassone, i più attenti critici della *stare decisis doctrine* ritengono che la stessa sia sì funzionale a garantire la prevedibilità della legge – pur essendo talora poco idonea al perseguimento di tale scopo, come appena riportato – ma che detta teorica, nel consolidare primariamente la *law in action*, si ponga in frizione con il principio della *rule of law* – ossia con il principio di legalità, per usare un linguaggio proprio della tradizione di *civil law*.

L'obbligatorio ossequio ad un precedente, infatti, può comportare l'adozione di decisioni giudiziarie non perfettamente rispondenti alla lettera o allo spirito delle disposizioni vigenti: rischia di concretizzarsi, pertanto, un *gap* fra la migliore lettura possibile della *law in the books* e la giurisprudenza consolidata; siffatto *gap* potrebbe ben essere colmato, ma solo al prezzo di derogare alla *stare decisis doctrine*, il che depotenzierebbe la stessa neutralizzandone i positivi effetti in termini di prevedibilità e stabilità del diritto così come applicato dalle corti²¹.

7. *Better settled than settled right?* Il principale dilemma ricollegabile all'accoglimento della *stare decisis doctrine* nell'ordinamento giuridico italiano

Come rilevato *supra*, la *stare decisis doctrine*, ove applicata rigidamente, può creare un divario di mutevole ampiezza fra la legge così come stabilita dal Legislatore e la legge così come rilevata dai giudici.

Il principale rischio ricollegabile all'attribuzione del carattere d'una forte vincolatività ai precedenti giudiziari, a ben guardare, è quello di consolidare orientamenti interpretativi erronei: detto altrimenti, si verrebbe a sacrificare, sull'altare della prevedibilità del diritto, il principio di legalità – il *rule of law* – nonché quello di separazione dei poteri; per quanto qui

tanto più degna di nota quanto più essa pare muovere dalle medesime considerazioni che nello scenario dottrinale anglosassone, come si vedrà *infra*, fanno dubitare della possibilità che i precedents della *Supreme Court* possano ordinatamente ed efficacemente orientare l'evoluzione del formante giurisprudenziale.

²¹ D'altronde, come rilevato da ID., *ivi*, p. 6, le argomentazioni – pur nobili – volte a giustificare l'adozione della *stare decisis doctrine* che si appuntano sull'esigenza di garantire la stabilità e la prevedibilità della legge, nonché la legittimità dell'operato delle corti, non costituiscono una valida fondazione assiologica della predetta teorica ai sensi del principio della *rule of law* – principio che finisce *de facto* per essere messo da parte allorché si concentra l'attenzione quasi esclusivamente sulla necessità di garantire la coerenza, l'ordinato sviluppo della giurisprudenza e la possibilità che i consociati facciano affidamento su filoni interpretativi consolidati.

più interessa, detta preoccupazione, com'è ovvio, appare particolarmente rilevante rispetto a quanto stabilito dall'articolo 25, co. II° della Costituzione.

Nella dottrina e nella giurisprudenza statunitense, tuttora, si sdrammatizza la predetta problematica citando una massima formulata dal giudice Brandeis della *Supreme Court* in un'antica sentenza del 1932: “*in most matters it is more important that the applicable rule of law be settled than that it be settled right*”²²; detto altrimenti, meglio regole definite una volta per tutte che regole incerte.

Una siffatta ottica, in seno ai paesi di *civil law*, parrebbe del tutto irricevibile: finire per “*barattare*” la correttezza delle decisioni giudiziarie con la loro prevedibilità – alla luce della tradizionale costellazione di valori del giurista continentale – può apparire un abominio.

Chi scrive, invece, ritiene che l'istanza alla base dell'idea espressa dal giudice Brandeis – invero, in modo *tranchant* – vada riconsiderata ed adeguatamente soppesata entro gli schemi necessari ai fini dell'implementazione principio di proporzionalità: così facendo, può rilevarsi che lo *stare decisis* non si risolve in un perverso baratto fra “*rules settled right*” e “*rules settled once and for all*”, ma rappresenta un punto di equilibrio fra esigenze meritevoli d'attenzione.

Nella presente sede, si ipotizza di poter giungere a tale conclusione muovendo da taluni risultati dell'indagine compiuta nei capitoli precedenti.

8. La possibilità che in relazione all'interpretazione di una disposizione normativa sussista un margine di incertezza ed i suoi riflessi in ordine alla problematica dell'attrito fra la *stare decisis doctrine* e la *rule of law*

In precedenza, s'è detto che l'applicazione del medesimo schema ermeneutico da parte di tutti gli organi giurisdizionali costituirebbe un modello operativo in notevole misura inidoneo ad impedire che dai giudici promanino decisioni di segno opposto: infatti, fare in modo che tutti i magistrati aderiscano all'idea che le disposizioni penali vadano interpretate valorizzandone la *littera* – debitamente “*contestualizzata*” – e tenendo presenti i principi costituzionali – tra cui, *in primis*, quello di legalità – appare non del tutto sufficiente affinché gli *outputs* di tutte le possibili esegesi giudiziarie siano tra loro uniformi e *foreseeable*;

²² Così Brandeis in *Burnet v. Colorado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393, 406 (1932): “*In molte questioni, che la legge applicabile sia stabilita è più importante del fatto che sia stabilita correttamente*” (traduzione a cura di chi scrive).

neppure l'applicazione della *lenity rule* pare ostare efficacemente a tale “*entropia interpretativa*”.

Si è addebitato il fenomeno in parola alla circostanza che stabilire un *set* di regole integrante un vero e proprio codice ermeneutico non sempre basterebbe a garantire un'ordinata e prevedibile evoluzione della giurisprudenza, posto che, a fare la differenza, non sono i criteri esegetici cui chiamare i giudici ad improntare la propria attività giurisdizionale, bensì il peso specifico di volta in volta attribuito da questi ai criteri previsti dal – pur comune – *framework* interpretativo.

Da tutto ciò consegue che, in ordine alle disposizioni normative vigenti, ben possono esistere interpretazioni difformi e, al contempo, degne d'essere ritenute “*plausibili*”: la storia recente della nuova disciplina del reato di false comunicazioni sociali è uno dei possibili esempi di tale scenario.

Desta interesse che siffatta considerazione sia stata fatta propria anche dalla sezione disciplinare del C.S.M.: in particolare, secondo tale organo, in sede di giudizio disciplinare avverso un magistrato non è sindacabile un provvedimento che si basi “*su un'interpretazione corretta dei testi legislativi, sia pure divergente dall'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte*”²³; entro tale visione, nel campo dell’*“opinabilità tecnico-giuridica”*²⁴ le interpretazioni non configurano “*errori*” disciplinarmente rilevanti, bensì opzioni esegetiche la cui adozione viene intesa come pienamente compatibile con i doveri di un giudice.

Considerazioni di simile tenore paiono ispirare il disposto di cui all'articolo 2, II° comma della Legge n. 117/1988, ossia della normativa in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali da parte dei magistrati: la disposizione in parola prevede che non possa dar luogo ad alcuna responsabilità civile “*l'attività di interpretazione di norme di diritto*”; detta norma va letta in combinato con il comma successivo, il quale prevede che i magistrati debbano rispondere per colpa grave della “*violazione manifesta della legge*”.

Dalla normativa *de qua* può dedursi che anche nell'ottica del Legislatore esiste un *range* di soluzioni esegetiche insuscettibili d'essere definite *ictu oculi* erronee: l'affermarsi di un orientamento interpretativo difforme rispetto al *mainstream*, dunque, potrà sì essere

²³ Così, *ex plurimis*, C.S.M., Sez. disc., 11 marzo 1977.

²⁴ Sostiene che l'errore di diritto rilevante ai fini della responsabilità disciplinare di un magistrato sia quello derivante da un'interpretazione che si collochi al di fuori dell’*“opinabilità tecnico-giuridica”* C.S.M., Sez. disc., 2 novembre 2000.

impedito dall'operato della Corte di cassazione – ed in particolare delle Sezioni Unite – ma non potrà essere considerato, solo in virtù di tale circostanza, un “*manifesto errore di diritto*”.

Alcuni potrebbero ritenere quella in parola una mera “*guarentigia*” volta a prevenire il “*chilling effect*” che la consapevolezza di dover rispondere civilmente per una soluzione ermeneutica adottata in tutta scienza e coscienza potrebbe produrre in capo ai magistrati; nella nostra ottica, tuttavia, si ritiene che il secondo comma dell'art. 2 della Legge n. 117/1988 sia ispirato dalle medesime consapevolezze espresse nei precedenti passaggi della presente trattazione, ossia dall'idea che, fra due o più ermeneusi giudiziari contrastanti, non sia sempre possibile individuarne di “*necessariamente sbagliate*”.

Se quanto sin qui esposto risponde in misura accettabile alle dinamiche proprie dell'attività giurisdizionale, s'impone, dunque, di rispondere al seguente quesito: sussistono validi motivi per consentire ad un giudice di derogare ad un precedente giudiziario promanante dalla Corte di cassazione laddove detto precedente sia espressione di argomentazioni rientranti nel campo dell'”*opinabilità tecnico-giuridica*”?

Si configura un duplice ordine di soluzioni.

- a) Allo scopo di perseguire al massimo grado “*l'interesse*” alla perfetta rispondenza dei *precedents* al dettato legislativo, potrebbe risponderci al predetto quesito sostenendo che vi sono plurime ragioni per consentire ai magistrati di discostarsi da un orientamento fondato su argomentazioni sì astrattamente ragionevoli ma dagli stessi non condivise – anche se solo in virtù di un differente bilanciamento fra i criteri ermeneutici da loro applicati.

Può addursi, in primo luogo, che l'evoluzione del quadro giurisprudenziale trae spunto proprio dal dissenso espresso dai giudici nei confronti degli indirizzi *mainstream*: l'implementazione della *stare decisis doctrine* rischierebbe di frustrare tale dinamica, impedendo l'affinamento ed il legittimo – sovente auspicabile – superamento delle interpretazioni dominanti meno convincenti, le quali, parafrasando le sopra citate parole del giudice della *Supreme Court* statunitense Brandeis, pur potendo essere ritenute ormai “*settled*” (e magari “*enough rightly*”), venendo considerate alla stregua di leggi andranno a costituire un insormontabile ostacolo alla possibilità di adottare decisioni meglio meditate, e dunque *better settled*.

Nel campo dello *ius criminale*, una simile posizione potrebbe incontrare il favore dei più ove riferita, in particolare, ai mutamenti giurisprudenziali *in bonam partem*, la cui “*liberalizzazione*” sarebbe desiderabile in un'ottica di *favor rei*: a parità di persuasività,

pertanto, andrebbe sempre prediletta l'ipotesi ermeneutica più favorevole al reo; si tratterebbe di una versione della *stare decisis* doctrine temperate da una sorta di “*lenity rule*” volta a garantire la più clemente amministrazione del formante giurisprudenziale possibile²⁵.

- b) Volendo massimizzare l'interesse alla prevedibilità delle decisioni giudiziarie, invece, potrebbe dirsi che una regola formatasi in via giurisprudenziale – pur sbagliata – merita d'essere rispettata per il solo fatto di garantire la certezza del diritto, e dunque l'affidamento di tutti i consociati – dei rei come dei soggetti destinatari delle tutele apprestate dal Legislatore mediante le disposizioni incriminatrici.

9. Una modesta proposta per un corretto bilanciamento fra l'istanza della *rule of law* e quella – sottesa allo *stare decisis* – della *foreseeability*

Nel primo capitolo della presente trattazione, si è affermato che il principio di legalità – anche alla luce di come inteso *in action* dalla giurisprudenza costituzionale – è inidoneo ad atteggiarsi come una regola, e risulta preferibile trattarlo alla stregua di un valore suscettibile di essere posto in bilanciamento – più o meno esplicitamente – con altre istanze.

La disamina delle sentenze della Consulta in materia, nonché alcuni elementi di taglio comparatistico, inducono chi scrive a ritenere che perseguire al massimo grado possibile l'ideale di un diritto penale assolutamente tassativo finirebbe per paralizzarne la concreta operatività: pertanto, secondo quanto concluso *supra*, la verifica del rispetto del principio di cui all'art. 25, co. II° della Costituzione da parte di una fattispecie penale non va condotta muovendo da archetipi astratti – prestando ossequio all'“*idea platonica*” della disposizione incriminatrice perfettamente determinata – bensì valutando se l'indeterminatezza della stessa sia “*accettabile*” alla luce di una pluralità di valori in gioco, al punto da poterle attribuire il carattere della fisiologicità.

Come si dirà *infra*, appare opportuno seguire siffatte direttrici anche nell'opera di elaborazione d'una valida risposta alle problematiche trattate nella presente sede: prima di

²⁵ Analogamente a quanto ritenuto nei precedenti capitoli della presente trattazione, potrebbe affermarsi che il predominio dell'istanza della *leniency* nel campo dell'amministrazione del formante giurisprudenziale – per il tramite d'un assoluta “*liberalizzazione*” degli *overruling in bonam partem* – sia idoneo a cagionare uno “*sbilanciamento*” nella ponderazione di cui sono titolari il reo e le persone offese: dovrebbe provarsi, pertanto, perché l'affidamento nutrito da queste ultime in ordine alla costanza di un orientamento giurisprudenziale “*punitivo*” debba necessariamente soccombere a fronte dell'istanza del *favor rei*; su tale problematica si ritornerà *infra*.

miglior esplicitare il perché di tale scelta, conviene schematizzare i termini della questione in esame:

- Si ipotizzi che la fattispecie di reato X sia ambigua a sufficienza da poter essere intesa secondo le interpretazioni A, B e C, e che siffatto ondivago *status* sia emerso a seguito d'un serrato dibattito dottrinale e di aspri contrasti giurisprudenziali²⁶.
- Ipotizziamo, inoltre, che al momento t1 le Sezioni Unite della Corte di cassazione abbiano stabilito la preferibilità della soluzione esegetica C, formulando – più o meno esplicitamente – un giudizio di bilanciamento fra le istanze sottese alle direttive ermeneutiche cui normalmente presta ossequio chi esercita l'attività giurisdizionale.
- Supponiamo, a questo punto, che al momento t2, un giudice, il Dottor Tizio, ritenga che la migliore delle interpretazioni sia B (muovendo da un elemento di *legislative history*) e che successivamente, al momento t3, un altro giudice, il Dottor Caio, intenda sposare la ricostruzione A (attribuendo un peso di rilievo ad una considerazione “*di sistema*”).
- Diamo per assodato che il Dott. Tizio ed il Dott. Caio possano attribuire il carattere della decisività agli indizi interpretativi da loro valorizzati entro i limiti della ragionevolezza, e che tale operazione possa essere condotta con perizia tale da far ritenere che ci si possa legittimamente discostare dalla posizione espressa dalle Sezioni Unite al momento t1²⁷.

Tutto ciò posto, ci si chiede: è accettabile che i giudici chiamati ad interpretare al momento t2 e t3 la disposizione incriminatrice X si discostino dall'interpretazione C per il solo fatto che B o A sembrano maggiormente persuasive?

Rectius: il maggior tasso di persuasività attribuibile a B o A giustifica il conflitto giurisprudenziale diacronico (rispetto alla decisione delle Sezioni Unite) e sincronico (fra la posizione espressa dal Dottor Tizio e quella espressa dal Dottor Caio) che verrebbe a crearsi se i predetti giudici intendessero discostarsi dal *dictum* delle SS.UU.?

²⁶ Ritiene che la cosiddetta “*Chevron doctrine*” muova da un presupposto analogo a quello *de quo* (la circostanza che una disposizione ben possa essere suscettibile di più interpretazioni, tutte ugualmente plausibili) C. NELSON in *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, 2001, p. 6: l'Autore rileva che – in ossequio alla predetta teorica – le corti statunitensi, nel campo dell'*administrative law*, sono tenute a prestare ossequio all'esegesi fornita dalle *Authorities* in ordine alle normative che queste ultime sono chiamate ad implementare; ove un'*Authority* opti per l'ipotesi ermeneutica A, i giudici sono chiamati a sposare siffatta ricostruzione, anche laddove gli stessi tendessero a preferire le ipotesi B o C.

²⁷ Deve intendersi che, nell'esempio *de quo*, il Dottor Tizio ed il Dottor Caio abbiano validi argomenti per discostarsi dal *precedent* delle Sezioni Unite, potendosi dunque muovere legittimamente entro il *framework* operativo elaborato dalle sentenze della Cassazione secondo il quale i giudici possono dissentire rispetto al *dictum* della giurisprudenza della Suprema Corte argomentando adeguatamente.

A parere di chi scrive, un corretto bilanciamento fra l'esigenza di stabilità – e di prevedibilità – ricollegabile alla *stare decisis doctrine* e la necessità che l'interpretazione delle disposizioni penali sia *settled right* (attraverso una perfetta adesione degli orientamenti giurisprudenziali al dettato normativo) impone di attribuire il carattere della vincolatività all'interpretazione C, e ciò pur a fronte della piena legittimità di ipotesi esegetiche alternative suscettibili d'essere ritenute, da uno o più interpreti, maggiormente corrette.

Sposare la tesi contraria, a parere di chi scrive, equivale ad accettare il rischio che il principio di legalità operi come una *self-defeating prophecy*: vero è che, dagli angoli prospettici – invero “*ristretti*” – dei due giudici del nostro esempio, respingere il *precedent* promanante al tempo t1 dalla Suprema Corte significa meglio implementare il principio di cui all'art. 25, co. II° della Costituzione; nei fatti, tuttavia, la mancata adozione di un principio ordinante come lo *stare decisis* – in casi analoghi a quello di specie – mina in radice i valori sottesi alla predetta disposizione costituzionale, la quale finisce per restare lettera morta proprio entro un contesto normativo che pure favorisce la costante elaborazione delle più perfette esegesi possibili della legge vigente²⁸.

Non sembra peregrino affermare, pertanto, che l'assolutizzazione del principio della soggezione del giudice alla sola legge – respingendo *in toto* l'adozione d'una qualche versione della *stare decisis doctrine* – costituisca un'opzione poco proporzionata rispetto agli scopi perseguiti mediante la stessa, e ciò in quanto idonea a far soccombere un interesse di preminente rilievo quale la prevedibilità delle decisioni giudiziarie, espressione della più

²⁸ Un esito di tal tipo può apparire paradossale solo adottando l'ottica illuministica per cui il giudice non crea mai il diritto, ma si limita ad enunciare ed applicare le norme trasfuse dal Legislatore nelle disposizioni vigenti: in ossequio ad un simile ideale, non è mancato neanche nei paesi di *common law* chi ha respinto la *stare decisis doctrine* sulla base del fatto che i giudici non dovrebbero mai “*legiferare*”; *ex plurimis*, si rimanda a M. MOORE, *Precedent, Induction and Ethical Generalization*, in *Precedent in Law*, 1987, p. 187, per il quale lo *stare decisis* – ove volto a garantire la vincolatività delle regole definite dai giudici, mal si concilierebbe con il principio di separazione dei poteri. E' stato opposto alle critiche *de quibus* che “*even if stare decisis were eliminated entirely, judicial 'legislation' is likely to continue [because] unless positive law sources were absolutely clear and mechanically applicable, judges might develop rules to decide the cases before them*” / “*se pure lo stare decisis fosse completamente eliminato, è probabile che il fenomeno della legislazione 'giudiziale' continuerebbe [poiché] a meno di non avere una legislazione assolutamente chiara ed applicabile meccanicamente, i giudici continuerebbero a sviluppare regole per decidere i casi posti alla loro attenzione* (traduzione a cura di chi scrive) (così A.N. STEINMAN, *To Say What the Law Is: Rules, Results, and the Dangers of Inferential Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, p. 1737).

generale esigenza che i singoli possano “*calcolare*” le conseguenze giuridiche del proprio agire, così da determinarsi liberamente²⁹.

10. Il sottile confine fra errore interpretativo e opzione esegetica opinabile ma non manifestamente erronea

È difficile nascondere che le conclusioni alle quali si è appena giunti presentino molteplici profili di criticità, in particolar modo ove si decida di guardare alla problematica della quale si tratta nella presente sede adoperando “*lenti*” diverse da quelle inforcate da chi scrive: ci si deve necessariamente confrontare, pertanto, con gli ineludibili argomenti contrari alla tesi testé espressa.

Conviene riprendere i termini dell’esempio di cui sopra e chiedersi per quale motivo le interpretazioni A e B (pur costituendo il “*mero*” frutto d’una diversa ponderazione degli stessi criteri ermeneutici adottati dalle SS.UU.) non dovrebbero essere adottate nella prassi giurisprudenziale, e ciò pur laddove le stesse, agli occhi di una pluralità qualificata di “*osservatori*”, siano idonee ad apparire effettivamente più persuasive di C.

Detto altrimenti: perché l’esegesi C, pur apparendo a molti un’interpretazione indegna d’essere adottata, dovrebbe continuare ad essere preferita ad opzioni esegetiche maggiormente convincenti, e dunque “*più giuste*”? Perché tramite l’operato del Dott. Tizio e del Dott. Caio non si dovrebbe giungere ad una positiva evoluzione del diritto pretorio “*vigente*”?

²⁹ Autorevole dottrina, d’altronde, ha affermato che l’articolo 101, co. II° della Costituzione prevede sì l’indipendenza del giudice, soggetto soltanto alla legge, ma non implica necessariamente che tale garanzia costituisca una sorta di “*diritto personale*” volto ad attribuire ai singoli magistrati “*la libera espressione del [loro] estro interpretativo-creativo o il perseguimento delle [loro] visioni del mondo* (così G. COCCO, *op. cit.*, p. 387). Siffatta posizione sembra riecheggiare alcune istanze espresse dalla tradizione giuridica anglosassone, secondo la quale l’amministrazione della legge rappresenta un’opera “*corale*” e “*graduale*”, ed il lavoro del giudice non può essere inteso come un lavoro monadistico. In qualche modo, sembra prendere in considerazione le istanze *de quibus* – attribuendovi, tuttavia, un peso non determinante – anche la circolare del Consiglio superiore della magistratura n. 20691 dell’8 ottobre 2007, intitolata “*Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati*”, così come modificata dall’Assemblea plenaria del predetto organo in plurime sedute: tra gli indicatori di capacità del giudice previsti nella circolare in oggetto vi è anche la percentuale di “*conferme*” dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti da magistrati, relativi alla definizione di fasi procedurali o processuali o all’adozione di misure cautelari, da valutarsi, “*ove presenti caratteri di significativa anomalia, anche alla luce del rapporto esistente tra provvedimenti emessi o richiesti e provvedimenti non confermati o rigettati*”; tale rapporto deve essere soppesato, altresì, avuto riguardo alla tipologia ed alla natura degli affari trattati ed alla “*evoluzione giurisprudenziale*”.

A simili interrogativi hanno provato a rispondere anche la dottrina e la giurisprudenza dei paesi di *common law*, formulando molteplici acute osservazioni, compendiabili in una sola, semplice domanda: ove i giudici fossero liberi di emendare a proprio piacimento i presunti errori commessi nei *precedents*, cosa resterebbe dello *stare decisis*?³⁰

Ben poco, verrebbe da dire.

Giunge a simili conclusioni un Autore citato *supra* in più passaggi, CALEB NELSON, il quale ritiene che l'attribuzione ai magistrati della facoltà di correggere a proprio piacimento i *precedents* – seguendo liberamente la loro personale “*bussola interpretativa*” – depotenzierebbe notevolmente la *doctrine* della quale qui discorriamo: a suo giudizio, pertanto, al fine di garantire effettività al principio dello *stare decisis*, è equilibrato che ogni *overruling* si fondi sulla rilevazione di un *demonstrably error*; detto errore, tuttavia, secondo NELSON, non deve identificarsi puramente e semplicemente con un'opzione esegetica rientrante nel *range* di ipotesi ermeneutiche legittimamente riferibili ad una disposizione normativa, ma deve costituire un radicale travisamento di un testo normativo del quale possa predicarsi un qualificato tasso di univocità; deve trattarsi, in altre parole, di una vera e propria manipolazione interpretativa, collocabile al di fuori di ogni margine di discrezionalità esegetica³¹; l'Autore presuppone che quanto più si considera determinata una regola posta

³⁰ Taluni presupposti della *stare decisis doctrine* – quantomeno nelle elaborazioni più rigide di tale teorica – potrebbero impedire ai giudici di emendare gli errori da loro ravvisati nei *precedents*: non sono mancati gli Autori anglosassoni, infatti, per i quali permettere ad una corte di procedere ad un *overruling* al solo fine di correggere la *doctrine* professata in un precedente giudiziario equivarrebbe ad accordare alla giurisprudenza tutta una forza meramente persuasiva, non diversamente da quanto tuttora avviene nei paesi di *civil law* (in questo senso, *ex plurimis*, D. HELLMAN, *The Importance of Appearing Principled*, *Arizona Law Review*, 1995, p. 1120); anche il giudice SCALIA, in una risalente *concurring opinion*, ha affermato che la *stare decisis doctrine* non costituirebbe neppure una vera e propria teorica (“*would be no doctrine at all*”) se non si richiedesse ai giudici che intendono procedere ad *overruling* “*to give reasons [...] that go beyond mere demonstration that the overruled opinion was wrong*”, ossia di offrire argomenti a supporto dei propri *revirement* ulteriori rispetto alla mera dimostrazione che il *precedent* disapplicato fosse sbagliato (così SCALIA in *Hubbard*, 514 U.S., 716). Anche secondo M.J. GERHARDT, *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, in *George Washington Law Review*, 1991, p. 71, ove la *stare decisis doctrine* consentisse di effettuare un *overruling* esclusivamente sulla base di un disaccordo in ordine alle motivazioni dei *precedents*, le corti sarebbero sostanzialmente libere di decidere a proprio piacimento, senza dover prestare ossequio alla giurisprudenza pregressa.

³¹ Le conclusioni alle quali giunge l'Autore sono strettamente correlate ad un'accurata disamina storica della genesi della *stare decisis doctrine*: egli ritiene che sia nel campo della *statutory law* che della *common law* in senso stretto, la teorica dei *precedents* vincolanti sia stata elaborata al fine di porre rimedio all'indeterminatezza del diritto (“*legal indeterminacy*”) – così C. NELSON in *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, in *Virginia Law Review*, 2001, p. 48.

dal Legislatore, tanto più sarà facile dimostrare l'eventualità che la stessa sia stata male interpretata da una pregressa giurisprudenza³².

Com'è ovvio, il concetto di “*errore ermeneutico dimostrabile*” coniato da NELSON a fondamento della versione “*debole*” dello *stare decisis* (“*weak stare decisis*”) da lui propugnata – l'unica, a suo giudizio, avente fondamenti solidi a sufficienza per fungere da vincolo all'attività giurisdizionale senza eliminare ogni possibilità di emenda alle più gravi deviazioni giurisprudenziali dal dettato del diritto positivo – è, a sua volta, un concetto indeterminato, difficile ad essere circoscritto in termini specifici.

FREDERICK SCHAUER, fra i maggiori detrattori della teorica sin qui esposta, ritiene che ove una disposizione normativa sia sufficientemente determinata da consentire di individuarne con ragionevole certezza le interpretazioni manifestamente sbagliate, è ben difficile che di essa verrà mai concretamente data, in sede giudiziale, alcuna ermeneusi “*demonstrably erroneous*”³³.

Merita considerazione, inoltre, un'ulteriore critica: qualora anche non si attribuisse alcuna particolare vincolatività ai precedenti giudiziari – e dunque ove tutti i giudici fossero liberi di discostarsene – la frequenza degli *overruling* non sarebbe differente da quella riscontrabile nell'ambito di un sistema legale improntato alla *stare decisis doctrine*³⁴.

Le critiche *de quibus* evidenziano con chiarezza un dato di cui lo stesso CALEB NELSON dimostra d'essere ben edotto allorquando sostiene che “*the people who believe most strongly in [the concept of “demonstrable error”], and who think that most legal questions have a relatively narrow set of right answers, are likely to believe that reasoned analysis can demonstrate which answers are right and which are wrong*”³⁵.

³² Alla luce di tale ottica, dunque, tornando all'esempio di cui *supra*, ove fosse possibile motivatamente dimostrare che l'interpretazione C data dalle Sezioni Unite esorbita dal campo dell'opinabilità tecnico-giuridica – per usare il linguaggio di CALEB NELSON, ove se ne verificasse la “*dimostrabile erroneità*” – il dottor Tizio ed il dottor Caio ben potranno sentirsi legittimati a sposare le tesi alternative A e B.

³³ Così F. SCHAUER, *Precedent and the Necessary Externality of Constitutional Norms*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1994, p. 48; SCHAUER ritiene, altresì, che laddove una corte abbia dato un'interpretazione manifestamente erronea di una normativa, non vi sarebbe alcun motivo di credere che altri giudici potrebbero emendare correttamente un simile errore.

³⁴ In tal senso, D. A. FARBER, *Statutory Interpretation, Legislative Inaction and Civil Rights*, *Michigan Law Review*, 1988, p. 12.

³⁵ “*Coloro che credono più fermamente [nel concetto di “errore dimostrabile”] e che ritengono che in relazione alla maggior parte delle problematiche giuridiche sussista un novero di soluzioni relativamente ristretto sono le stesse che più probabilmente crederanno al fatto che un'analisi argomentata possa efficacemente dimostrare quali siano le risposte giuste e quali quelle sbagliate*” (traduzione a cura di chi scrive) (così C. NELSON, *op. cit.*, p. 57).

Lo *stare decisis* ha una reale portata vincolante, pertanto, solo laddove vi sia un consenso sufficientemente diffuso – e sincero, *ça va sans dire* – in ordine alla possibilità di operare legittime distinzioni fra “*buoni argomenti*”, idonei a dimostrare l’ammissibilità o l’inammissibilità di un’esegesi giudiziale³⁶, e “*cattivi argomenti*”, spendibili per comprovare capziosamente l’erroneità di una risposta corretta o la correttezza di una risposta sbagliata³⁷. Resta il fatto che l’attribuzione del carattere dell’“erroneità” ad un precedente giudiziario dipende, in larga misura, dalle “*lenti*” inforcate dall’interprete: è facile che un *precedent* venga definito erroneo, infatti, ove semplicemente rifletta una filosofia ermeneutica diversa da quella di chi è chiamato a prestarvi ossequio³⁸.

11. L’ipotesi della *stare decisis doctrine* come un’“*etica del precedente*” fondata sul tessuto assiologico costituzionale attuale e non come mera tecnica di “*ingegneria giudiziaria*”

A questo punto della presente riflessione, è giunto il momento di chiedersi se la *stare decisis doctrine*, ove non interpretata nella sua versione più rigida³⁹, altro non sia che uno schema retorico mediante il quale i soggetti deputati all’esercizio della funzione giurisdizionale possono occultare i loro quotidiani arbitri, asserendo d’essere vincolati in misura importante dalla giurisprudenza pregressa ma, *de facto*, restando liberi di assumere ogni possibile decisione, procedendo ad *overruling* a proprio piacimento.

Il problema *de quo* è particolarmente avvertito dalla dottrina statunitense: *ex plurimis*, è appena il caso di ricordare che, secondo M.S. PAULSEN, una teoria dello “*stare decisis*”

³⁶ Si interroga in ordine alla possibilità di ricondurre al novero di tali “*buoni argomenti*” anche l’evidenza storica (“*the historical evidence*”) che il *precedent* costituisca il portato di un’istanza politica (“*political pressure*”) C.L. BARZUN, *Impeaching Precedent*, in *Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2012, p. 1625; il citato Autore, nell’articolo *de quo*, si confronta con le principali obiezioni che possono muoversi in ordine alla predetta possibilità, fra le quali spicca il rischio che il sindacato in ordine alle ragioni *lato sensu* politiche di una decisione giudiziaria possa minare in radice la certezza del diritto e il *rule of law*, posto che, almeno virtualmente, ogni *precedent* potrebbe essere vulnerabile rispetto a siffatto “*impeachment*”; BARZUN ritiene che detto rilievo non colga nel segno, posto che il sindacato di un’operazione ermeneutica giudiziale si presta ad essere oggetto di tali e tante forme di dissenso da far ritenere che l’elaborazione di un ulteriore profilo di critica non è idonea a complicare sensibilmente lo scenario. Così ID.: “*It is difficult to see why adding one more means of analyzing a precedent would effect a sea change in the relative determinacy of the law*”.

³⁷ In tal senso, C. NELSON, op. cit., p. 57

³⁸ Sul punto, A.C. BARRETT, *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, *Texas Law Review*, 2013, p. 1718.

³⁹ Ossia nella versione secondo la quale i giudici sono vincolati ad ogni precedente giudiziario, anche a quelli manifestamente erronei, senza possibilità alcuna di emenda.

meritevole d'essere ritenuta “*autentica*” – e dunque insuscettibile d'essere applicata tendenziosamente – deve fare in modo che le decisioni giudiziarie assunte al momento “*tl*” pesino realmente nell'ordinario processo giurisdizionale successivo, e ciò per il semplice e solo fatto che dette decisioni sono state adottate precedentemente⁴⁰: ogni deviazione da tale schema, in tale ottica, rappresenterebbe la negazione d'ogni reale vincolatività ai *precedents*; o si attribuisce ai *precedents* un apprezzabile “*decision-altering weight*” – ossia un significativo peso nel determinare il contenuto delle successive decisioni giudiziali – o gli stessi finiscono per essere assimilabili – quanto alla loro idoneità a vincolare i soggetti che esercitano l'attività giurisdizionale – ai precedenti di qualsivoglia corte di un paese di *civil law*.

D'altra parte, non è il caso di tacere che nel panorama dottrinale dei paesi *common law*, non sono mancate voci che hanno stigmatizzato con toni ancora più dirompenti il principio dello *stare decisis*, arrivando persino a dichiararlo “*incostituzionale*”, soprattutto nel campo del diritto costituzionale⁴¹; per altri Autori, poi, la *doctrine* in parola è intrinsecamente destinata ad essere incoerente con qualsivoglia metodologia ermeneutica adoperabile nell'esegesi del dettato normativo⁴².

⁴⁰ Così M.S. PAULSEN, *The intrinsically Corrupting Influence of Precedent*, in *Constitutional Commentary*, 2005, p. 293: “*A genuine theory of stare decisis requires giving decision-altering weight to a prior judicial decision just because it was a prior judicial decision, and not because of its merit as judged by any independent criteria extrinsic to the decision itself*” / “*Un'autentica teoria dello stare decisis richiede di attribuire ad una pregressa decisione giudiziale un peso tale da alterare decisioni successive, e ciò per il solo fatto che essa è una decisione giudiziale precedente, non in virtù di ciò che in essa si dice, valutato alla luce di criteri estrinseci alla sentenza stessa*” (traduzione a cura di chi scrive).

⁴¹ Non sono mancate, ad esempio, le voci secondo le quali lo “*stare decisis*” sia un principio del tutto illegittimo in quanto causa di molteplici deviazioni dalla corretta interpretazione delle disposizioni di rango costituzionale; siffatte deviazioni – giustificate dall'esigenza di garantire l'uniformità e la prevedibilità dell'interpretazione delle disposizioni della Costituzione statunitense, si porrebbero in insanabile contrasto con quanto stabilito dalla Corte suprema nell'arresto archetipico *Marbury v. Madison*; la supremazia della carta costituzionale, secondo le critiche *de quibus*, non andrebbe garantita puramente in astratto, ma va assicurata prestando ossequio esclusivamente alle Costituzione così come correttamente interpretata (“*correctly interpreted*”); detta istanza dovrebbe essere preferita ad ogni contraria istanza (così, *ex plurimis*, M. S. PAULSEN, *The Intrinsically Corrupting Influence of Precedent* in *Constitutional Commentary*, Vol. 22/1995, p. 289).

⁴² Si è affermato che imporre ad un giudice di aderire necessariamente ad uno o più precedenti giudiziari impedisca allo stesso di interpretare le disposizioni normative attraverso la propria metodologia ermeneutica di riferimento: ad esempio, un giudice che ritenga di dover essere strettamente vincolato dal testo delle disposizioni normative da lui applicate si troverebbe costantemente a disattendere detta direttiva ermeneutica, dovendo applicare una regola di fonte giurisdizionale (così ID., *ibidem*).

In questa sede, chi scrive ritiene che non esista una soluzione *more geometrico* orientata alla problematica in parola, e che la vincolatività di un precedente può essere garantita soprattutto attraverso virtù etiche, e non metodiche giuridiche: non è solo di una cultura del precedente, che bisogno, ma di un'etica dello *stare decisis*, di un *self restraint* a cui è giusto che i giudici orientino la propria attività.

La *doctrine* in parola, pertanto, nel campo dello *ius criminale*, permettendo l'implementazione dei valori della *foreseeability* e *predictability* delle interpretazioni giudiziali, e dunque quello della certezza del diritto, può essere ritenuto un "valore" immanente al nostro ordinamento.

L'ipotesi di chi scrive è che una simile istanza, al pari della legalità, non rappresenti un vincolo alla normale evoluzione giurisprudenziale, bensì costituisca un canone al quale i giudici sono tenuti a conformare la propria attività esegetica.

12. Il disconoscimento d'ogni vincolatività ai *precedents* sfavorevoli al reo: un'opzione obbligata?

Giunti a questo punto della trattazione, conviene provare ad offrire una risposta ad un quesito al quale s'è solo fatto rapidamente cenno in precedenza: riconosciuto allo *stare decisis* – entro i termini di cui ai precedenti paragrafi – un ruolo di rilievo nel bilanciamento fra le istanze ricollegabili al principio di legalità e quelle sottese al diritto dei singoli alla *foreseeability* delle decisioni giudiziarie in ambito penalistico, deve chiedersi se detta *doctrine* debba essere messa da parte ove da un mutamento giurisprudenziale possa conseguire un effetto favorevole al reo.

Al fine di abbozzare una soluzione in relazione a tale questione, e tenendo conto del *framework* concettuale tratteggiato *supra*, appare opportuno richiamare la problematica del "falso in bilancio valutativo".

In precedenza, si è effettuata una disamina delle direttive ermeneutiche in ossequio alle quali le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno stabilito la perdurante rilevanza penale del falso in bilancio "valutativo"; s'è affermato, inoltre, che la contraria soluzione – secondo la quale, in riferimento alla predetta classe di condotte, si è verificata un'*abolitio criminis* – pare fondarsi sull'applicazione degli stessi canoni esegetici in virtù dei quali è stato emanato l'arresto delle SS.UU. di cui sopra; si è giunti a ritenere, pertanto, che le opposte tesi *de*

quibus discendano da differenti ponderazioni – o “*bilanciamenti*”, per usare il linguaggio proprio della teorica del principio di proporzionalità – dei medesimi criteri interpretativi⁴³. Tutto ciò premesso, poniamo che le Sezioni Unite, in un futuro prossimo o remoto, siano nuovamente chiamate a decidere se il falso in bilancio valutativo costituisca o meno un reato; ipotizziamo che il supremo consesso dei giudici della nomofilachia sia composto da soggetti intimamente persuasi che la riforma del 2015 abbia espunto le false valutazioni dal campo applicativo delle fattispecie di reato di cui agli articoli 2621 e seguenti; diamo per assodato, tuttavia, che l’autorevole precedente in materia non sia *demonstrably erroneous*, e che dunque, rispetto allo stesso, procedere ad overruling – quantomeno alla luce del *framework* delineato *supra* – sia problematico.

Quid juris?

In dubio pro reo, verrebbe da dire; in ogni caso, la problematica in parola merita futuri approfondimenti da parte della dottrina.

13. L’indeterminatezza del confine fra le *rationes decidendi* di un precedente giudiziario e i *dicta ivi* contenuti come nuovo percorso di ricerca da intraprendere per comprendere l’effettività della *stare decisis doctrine*

Giunti a questo punto della presente trattazione, giova formulare un ultimo appunto.

Come noto, negli ordinamenti ove vige il principio dello *stare decisis*, ciò che di un precedente si ritiene debba vincolare i giudici chiamati a prestarvi ossequio dovrebbe essere esclusivamente la “*ratio decidendi*” dello stesso, ossia il complesso di elementi costituenti integranti il “*criterio di giudizio*” applicato in ordine al caso precedentemente deciso; gli *obiter dicta*, invece, ossia le affermazioni contenute nel *precedent* inidonee ad integrare il predetto criterio, non dovrebbero essere ritenute vincolanti rispetto a decisioni adottate successivamente.

Tuttavia, la dottrina e la giurisprudenza dei paesi di *common law* sono giunte a ritenere che la nozione di “*ratio decidendi*” non sia affatto univoca, per quanto sforzi siano stati profusi,

⁴³ Ci troviamo in una situazione analoga a quella abbozzata nell’esempio di cui al precedente paragrafo: le contrapposte tesi della rilevanza e dell’irrelevanza del falso in bilancio “*valutativo*” possono essere considerate fra loro “*fungibili*” allo stesso modo delle soluzioni esegetiche A, B e C di cui sopra.

nel corso dei secoli, per “*tassativizzarla*”⁴⁴, il che contribuirebbe a fare della *stare decisis doctrine* una metodologia di amministrazione del formante giurisprudenziale dai risultati notevolmente incerti⁴⁵.

Poco definiti, dunque, sono i criteri sulla base dei quali poter affermare quali parti di un precedente giudiziario possano essere considerate “*rationes decidendi*” e quali no⁴⁶: resta poco chiaro, infatti, a cosa debba guardarsi, in un *precedent*, per comprendere quanta e quale *binding law* (“*legge vincolante*”) sia stata “*creata*” dai soggetti deputati all’esercizio della giurisdizione⁴⁷.

Un fenomeno consolidato, d’altronde, è quello per cui, nella giurisprudenza statunitense, i giudici siano soliti richiamare non soltanto le *rationes decidendi* dei precedenti – e dunque la parte vincolante degli stessi – ma anche gli *obiter dicta*, allo scopo di rafforzare l’impianto motivazionale delle proprie decisioni.

La dottrina e la giurisprudenza italiane, prima di mutuare in pieno le logiche della *stare decisis doctrine*, sono chiamate a vagliare attentamente la problematica in parola.

⁴⁴ Della questione *de qua* è pienamente avvertito A. CADOPPI, il quale ne *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, p. 175, sostiene che il problema in parola deriva in particolar modo dalla circostanza che la *ratio decidendi* non è espressa dal giudice che la conia, bensì da quello che deve decidere un altro caso che assomiglia al precedente.

⁴⁵ Vale la pena riportare integralmente quanto espresso sul punto da C. NELSON in *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, p. 79: “*If one believes so strongly in the indeterminacy of legal language [...] every version of stare decisis is based on an illusion. If statutes and constitutional provisions are incapable of setting out determinate rules for the future, the same is true of judicial opinions; if words are indeterminate when they appear in written laws, they presumably are also indeterminate when they appear as statements of a court's holding. Thus, just as statutes and constitutional provisions cannot really constrain judges, neither can past opinions.* / “*Se uno crede così fortemente all’indeterminatezza del linguaggio legale [...] ogni versione dello stare decisis gli parrà basata su di un’illusione. Se gli statutes e le disposizioni costituzionali sono incapaci di esprimere regole determinate per il futuro, lo stesso vale per le teoriche elaborate in sede giudiziale; se le parole della legge scritta sono indeterminate, saranno altrettanto indeterminate, presumibilmente, quelle che esprimono la decisione di una corte; pertanto, così come gli statutes e le disposizioni costituzionali non possono realmente vincolare il giudice, saranno inidonee a detto scopo anche le passate decisioni giudiziarie*” (traduzione a cura di chi scrive).

⁴⁶ Così A.N. STEINMAN, *To Say What the Law Is: Rules, Results, and the Dangers of Inferential Stare Decisis*, in *Virginia Law Review*, p. 1738: “*Yet the ground rules for discerning the law-generating content and scope of a judicial decision remain remarkably murky*” / “*Tutt’oggi, le regole-base per discernere quali siano i contenuti di carattere legislativo e quanto esteso sia l’ambito d’applicazione di un precedente giudiziario restano considerevolmente oscure*” (traduzione a cura di chi scrive)

⁴⁷ In tali termini, ID., *ibidem*.

BIBLIOGRAFIA

AMSTERDAM A., *The Void-For-Vagueness in The Supreme Court*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1960

BANDY J.M., *Interpretive Freedom: A Necessary Component of Article III Judging*, *Duke Law Journal*,

BARBERIS M., *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria* in *Quaderni Fiorentini*, n. 44/2015

BARRETT A.C., *Precedent and Jurisprudential Disagreement*, *Texas Law Review*, 2013

BARZUN C.L., *Impeaching Precedent*, *Public Law and Legal Theory Research Paper*, 2012

BATEY R., *Vagueness and the Construction of Criminal Statutes – Balancing Acts*, *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, 1997

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973

BENTHAM J., *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, W. Harrison ed., 1948

BERNARDONI P., *Aiuto al suicidio, il G.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, *Diritto Penale Contemporaneo*

BERNARDONI P., *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*

BISCOTTI B., BORSELLINO P., POCAR V., PULITANÒ D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012

BIONDI G., *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, *Diritto Penale Contemporaneo*

BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1977, Roma-Bari, 2007

BOSCARELLI M., voce *Nullum crimen sine lege*, *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990

BRICHETTI R. e PISTORELLI L., *La lenta "scomparsa" del diritto penale societario italiano*, *Guida dir.*, n. 26/2015

- BRICOLA F., *II e III comma dell'art. 25, Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1981
- CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2017
- CADOPPI A. e VITIELLO M., *A Kiss Is Just a Kiss, or Is It? A Comparative Look at Italian and American Sex Crimes*, *Seton Hall Law Review*, 2010
- CADOPPI A., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014
- CAIANIELLO M., *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes, Oliver Wendell Holmes Lectures*, 1985
- G.M. CALETTI e MATTHEUDAKIS M.L., *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- CARRER M., *Le ordinanze dei sindaci e le scorciatoie della Corte – Osservazioni a prima lettura alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011, n. 115*, *Forum di Quaderni Costituzionali*
- CASTRONUOVO D., *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen". Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, *La legislazione penale*, 2017
- CERBO P., *Principio di legalità e "nuove ed inedite" fattispecie di illecito create dai sindaci*, *Forum di Quaderni Costituzionali*
- COCCO G., *Verso una cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, n.2/2016
- CUNNINGHAM C.D. e FILLMORE C.J., *Using Common Sense: A Linguistic Perspective on Judicial Interpretations of "Use a Firearm"*, *Washington University Law Quarterly*,
- CUPELLI C., *La corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, *Diritto penale contemporaneo*

CUPELLI C., *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*, *Diritto Penale Contemporaneo*

CRIDDLE E.J., STASZEWSKI G., *Against Methodological Stare Decisis*, *Georgetown Law Review*, 2014

D'ALESSANDRO F., *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, *Giur. it.*, 2015

DAN COHEN M., *Decisions Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, *Harvard Law Review*, 1983

DE FRANCESCO G., *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 11/2017

DECKER J.F., *Addressing Vagueness, Ambiguity and Other Uncertainty in American Criminal Law*, *Denver University Law Review*, 2002

DIAMOND J.L., *Reviving Lenity and Honest Belief at The boundaries of Criminal Law*, *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2010

DONINI M., *Il diritto giurisprudenziale penale - Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, *Diritto Penale Contemporaneo*

DONINI M., *Scienza penale e potere politico*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2015

DUXBURY N., *Kelsen's endgame*, *Cambridge Law Journal*, 2008

EASTERBROOK F.H., *Text, History, and Structure in Statutory Interpretation*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1994

ESKRIDGE W.N., *Public Values in Statutory Interpretation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1989

EASTERBROOK F.H., *The Absence of Method in Statutory Interpretation*, *Chicago Law Review*, 2017

- EPIDENDIO T.E., *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la "crisi" del diritto penale tra le corti*, *Diritto Penale Contemporaneo*;
- ESKRIDGE W.N. e RASO C.N., *Chevron as a Canon, Not a Precedent: An Empirical Study of What Motivates Justices in Agency Deferences Cases*, *Columbia Law Review*, 2010
- ESKRIDGE, W.N. *Politics Without Romance: Implications of Public Choice Theory for Statutory Interpretation*, *Virginia Law Review*, 1988
- ESKRIDGE W.N., *Relationships Between Formalism and Functionalism in Separation of Power Cases*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1998
- FARBER D. A., *Statutory Interpretation, Legislative Inaction and Civil Rights*, *Michigan Law Review*, 1988
- FIANDACA G., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, *Cassazione Penale*, 2017
- FOSTER S., *Should Courts Give Stare Decisis Effect to Statutory Interpretation Methodology?*, *The Georgetown Law Journal*, 2008
- FINOCCHIARO S., *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- FIGIELLA-MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014
- FRIEDMAN S.J., *Criminal Law – Strict Construction of Penal Statutes*, in *Louisiana Law Review*, 1960
- GARGANI A., *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni*, Cass. pen., 2016
- GERHARDT M.J., *The Role of Precedent in Constitutional Decisionmaking and Theory*, *George Washington Law Review*
- GLUCK A.R., *Justice Scalia's Unfinished Business in Statutory Interpretation: Where Textualism's Formalism Gave up*, *Notre Dame Law Review*, 2017
- GLUCK A.R., *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, *The Yale Law Journal*, 2010

GONZALEZ C.E., *Turning Unambiguous Statutory Materials Into Ambiguous Statutes: Ordering Principles, Avoidance, and Transparent Justification in Cases of Interpretive Choice*, *Duke Law Journal*, 2011

GORLA G., *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, *Quaderni del Foro Italiano*, 1967

GUZIOR D.F., *Ambiguity About Ambiguity: An Empirical Inquiry into Legal Interpretation*, *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, 2009

HART H.L.A., *The concept of Law*, 1961

HEALY M.P., *Spurious Interpretation Redux: Mead and the Shrinking Domain of Statutory Ambiguity*, *Administrative Law Review*, 2002

HELLMAN D., *The Importance of Appearing Principled*, *Arizona Law Review*, 1995

HICKERMAN K.E. e MERRILL T.W., *Chevron's Domain*, *Georgetown Law Review*, 2001

HOROWITZ A., *Legal interpretation, Morality and Semantic Feticism in American Philosophical Quarterly*, *University of Illinois Press*, 2000

HOLMES O.W., *The path of the law*, *Harvard Law Review*, 1897

JEFFRIES J.C., *Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes*, *Vanderbilt Law Review*, 1985

JOIS G.U., *Stare Decisis is Cognitive Error*, *Brooklyn Law Review*, 2009

KAHAN D.M., *Lenity and Federal Common Law Crimes*, in *The Supreme Court Review*, 1994

KAUFMANN A., *Analogy and 'The Nature of Things'*, *A Contribution to the Theory of Types*, in *Journal of the Indian Law Institute*, 1966

KESSLER J.K., POZEN D.E., *Working Themselves Impure: A Life Cycle Theory of Legal Theories*, in *The University of Chicago Law Review*, 2016

KLOEPFER S. in *The Status of Strict Construction in Canadian Criminal Law*, in *Ottawa Law Review*

LARKIN JR P.J. e SEIBLER J.M., *Turning the Rule of Lenity Into a Rule of Lenity*, in *Legal memorandum*, 2015

- LLEWELLYN K.N., *Remarks on the Theory of Appellate Decisions and the Ruled or Canons about how Statutes are to be Construed*, *Vanderbilt Law Review*
- LOCKWOOD C.D., *Defining Indefiniteness: Suggested Revisions to the Void for Vagueness Doctrine*, in *Cardozo Public Law, Policy & Ethics*, 2010
- LOVE J.A., *Fair Notice about Fair Notice*
- LOW P.W., *Changing the Vocabulary of the Vagueness Doctrine*, *Virginia Law Review*, 2015
- LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, *Giur. cost.*, n. 5/2012
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990
- MANES V., *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, *Cass. pen.*, n. 3/2017
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- MANES V., *Il ruolo "poliedrico del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema"*, *Cassazione penale*, 2014
- MANES V., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali – Commento agli artt. 2621-2621-bis-2621-ter-2622*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, *Cass. pen.*, 2010
- MARTUFI A., *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte Costituzionale*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- MAZZAMUTO S., *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di 'enforcement' del precedente*, *Politica del diritto*, n. 2/2003
- MERLO A., *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2017
- MCCARL R., *Incoherent and Indefensible: An Interdisciplinary Critique of the Supreme Court's "Void-for-Vagueness" Doctrine*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 2014
- MONAGHAN H.P., *Supremacy Clause Textualism*, *Columbia Law Review*, 2010

- MOLOT J.T., *Ambivalence About Formalism*, *Vanderbilt Law Review*, 2007
- MOLOT J. T., *The Rise and Fall of Textualism*, *Columbia Law Review*, 2006
- MOORE M.S., *Act and Crime: The Philosophy of Action and Its Implications for Criminal Law*, 1993
- MORELLI F., *Le garanzie processuali nella morsa dell'ambiguità: contro la giurisprudenza delle interpretazioni mancate*, *Criminalia*, 2014
- MUCCIARELLI F., "Ancorché" superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali, *Diritto Penale Contemporaneo*
- MUCCIARELLI F., *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- MUCCIARELLI F., *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- MULLINS M.E., *Coming to Terms with Strict and Liberal Construction*, *Albany Law Review*, 2000
- MULLINS M. E., *Tools, Not Rules: The Heuristic Nature of Statutory Interpretation*, *Journal of Legislation*, Vol. 30, 2003
- MORRONE A., *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, 2014
- NELSON C., *Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents*, *Virginia Law Review*, 2001
- NOTE, *Textualism as Fair Notice*, *Harvard Law Review*, 2009
- PADOVANI T., *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989
- PAGLIARO A., *Sulla manipolazione mentale dei soggetti deboli*, *Cass. Pen.*, 2012
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- PALAZZO F., *Legalità fra law in the books e law in action*, *Diritto Penale Contemporaneo*

- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un 'principio fondamentale'*, *Quaderni fiorentini XXXVI*, 2007
- PARISI S., *Dimenticare l'obiezione di Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sentenza n. 115/2011*, *Forum di Quaderni Costituzionali*
- PAULSEN M.S., *The intrinsically Corrupting Influence of Precedent*, *Constitutional Commentary*, 2005
- PINO G., *Legalità penale e Rule of Law in L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO, V. VILLA, Bologna, 2016
- POSNER R., *The Problems of Jurisprudence*, 1990
- POSNER R., *Statutory Interpretation in the Classroom and in the Courtroom*, *University of Chicago Law Review*, 1985
- POST R.C., *Reconceptualizing Vagueness: Legal Rules and Social Orders*, *California Law Review*, 1994
- POWELL H.J., *The Original Understanding of Original Intent*, *Harvard Law Review*, 1985
- PRICE Z., *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, *Fordham Law Review*
- PULITANÒ D., *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- PULITANÒ D., *Ragioni della legalità. A proposito di Corte cost. 24/2017*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- ODDI A., *Note minime (vagamente antistoriche) sugli effetti perversi delle sentenze interpretative di rigetto in materia penale*, *Diritto Penale e Processo*, n. 5/2011
- ROBINSON P.H., *Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2010
- RUGGERI A., *Rapporti inter-ordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, *Diritto Penale Contemporaneo*

RUGGERI A., *Materiali per uno studio dei limiti al sindacato di costituzionalità delle leggi (introduzione ad una teoria giuridica della funzione 'giurisprudenziale' conseguenziale)*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985

SUNSTEIN C.R., *Nondelegation Canons*, *Chicago Working Paper in Law & Economics*, 1999

SAMAH A.M., *Randomization in Adjudication*, 2009

SCALIA A., *A Matter of Interpretations: Federal Courts and the Law*, Amy Guttmann ed., 1997

SCALIA A., *The Rule of Law as a Law of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, 1989

SCOLETTA M., *Le parole sono importanti? Rilevanza delle false valutazioni nei delitti di false comunicazioni sociali e limiti esegetici del giudice penale*, *Diritto Penale Contemporaneo*

SCHAUER F., *Precedent and the Necessary Externality of Constitutional Norms*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1994

SCHOENBROD D.S., *Power Without Responsibility*, 1995

SINGER N. J., *Statutes and statutory construction*, 2001

SOLAN L.M., *Law, Language and Lenity*, *William & Mary Law Review*, 1998

SOLAN L.M., *Precedent in Statutory Interpretation*, *North Carolina Law Review*, 2016

SORENSEN R., *Vagueness*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta ed., 2010

STEINMAN A.N., *To Say What the Law Is: Rules, Results, and the Dangers of Inferential Stare Decisis*, *Virginia Law Review*

SUNSTEIN C.R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, 1996

JEREMY TELMAN D.A., *The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: a Sociological Model*, *Law Faculty Publications*, *Valparaiso University*, 2008

TUSHNET, *Anti-formalism in Recent Constitutional Theory*, *Michigan Law Review*, Vol. 83, 1985

- TUTT A., in *Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as "Law"*, in *The Yale Law Journal*, 2013
- UBERTIS G., *Prova scientifica e giustizia penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2016
- VAN DEEMTER K., *Not Exactly in Praise of Vagueness*, 2010
- VASSALLI G., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006
- VASSALLI G., voce *Tipicità*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992
- VELLUZZI V., *Due (breve) note sul giudice penale e l'interpretazione*, *Criminalia*, 2014
- VERMEULE A., *The cycles of Statutory Interpretation*, in *The University of Chicago Law Review*, 2001
- VIGANÒ F., *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda Sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- VIGANÒ F., *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e della reale posta in gioco*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017
- VIGANÒ F., *Il principio della prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, *Diritto Penale Contemporaneo*,
- VIGANÒ F., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- VIGANÒ F., *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, *Diritto Penale Contemporaneo*
- VIOLA F., *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974
- WALDRON J., *Stare Decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, *Michigan Law Review*, 2012

WALDRON J., *Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues*, *California Law Review*, 1994

WISOTSKY S., *How to interpret Statutes – Or Not: Plain Meaning and Other Phantoms*, in *The Journal of Appellate Practice and Process*, 2009