

DIRITTO E CLINICA

PER L'ANALISI DELLA DECISIONE DEL CASO

Atti del
Seminario Internazionale di Studio
Padova, 27 e 28 gennaio 1999

a cura di
UMBERTO VINCENTI



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2000

SILVIO RIONDATO

RETROATTIVITÀ DEL MUTAMENTO PENALE GIURISPRUDENZIALE SFAVOREVOLE, TRA LEGALITÀ E RAGIONEVOLEZZA

SOMMARIO: 1. Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole al confronto col principio di legalità penale. - 2. Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole al confronto col giudizio di colpevolezza (sent. cost. 364/88). - 3. (Segue): Incertezza giurisprudenziale tra vizio di tassatività determinatezza ed *error iuris*. - 4. Soggettivazione del principio di affidamento e negazione del valore vincolante del precedente. - 5. *De iure condendo*: per una ragionevole considerazione della giurisprudenza penale come fonte. - 6. Proposte *de iure condito*: il divieto di interpretazione estensiva *post factum* nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario. - 7. Conclusione.

Negli anni '90 sono riemerse con grande intensità in Italia considerazioni sul ruolo attribuibile alla giurisprudenza⁽¹⁾ penale e in particolare alla sua acclarata «creatività» e quindi mutevolezza nell'ambito giudiziario⁽²⁾ che qui soprattutto inte-

(1) In tutti i significati attribuibili al termine (v., per tutti, G. LAMPARDI VALLAURI, *Giurisprudenza D* Teoria generale. *Enc. iur.*, XV, 1989); M. BESSONE - R. GUASANTI (a c. di), *Materiali per un corso di analisi della giurisprudenza*, Padova, 1994.

(2) F. GIUNTA, *La giustizia penale tra crisi della legalità e supplenza giudiziaria*, in *St. iuris*, 1999, 12; G. CONIENGO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, in *Ind. pen.*, 1998, 947; A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del valore del precedente nel diritto penale italiano*, riv. 1998, 57, v. anche la precedente versione in V. VINCENTI (a c. di, con la coll. di G. SANDEOLI), *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova, 1998 (il presente lavoro era già in avanzata fase di stampa quando è uscito il volume dello stesso CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999); G. ROMEO, *La nomofilachia, ovvero l'evanescente certezza del diritto*, in *Cass. pen.*, 1997, n. 1989; G. FIANDACA (a c. di), *Systema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997; S. PANAGIA, *Del metodo e della crisi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1124; S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996; *La Corte di cassazione nell'ordinamento democratico*, Atti Conv. Roma 14 feb. 1995, Milano, 1995; F.C. PALAZZO, *Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale*, in *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, 72; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in L. PUPINO (a c. di), *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano, 1993, 15; L. STORTONI (a c. di), *Il diritto penale giurisprudenziale*, in *Dir. del. e delle pene*, 1991, n. 2, 7; A.M. STILE (a c. di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991; E. GRANDE, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»*

ressa. Non sono ancora maturate soluzioni condivise, come del resto può dirsi riguardo agli altri settori giuridici^(*) in cui più assiduamente la giurisprudenza è stata oggetto di peculiare studio⁽⁴⁾.

Concreta attualità assume, tra gli altri, il problema suscitato in termini di certezza e garanzia dai mutamenti sfavorevoli della giurisprudenza penale. Si tratta, peraltro, di una serie di casi finora relativamente poco studiata in Italia dai teorici e dai pratici del diritto penale: casi in cui allo stesso testo legale sono attribuite, in tempi diversi, diverse interpretazioni, e la successiva è più sfavorevole della precedente perchè o comporta addirittura l'affermazione dell'esistenza di un precetto penale che in precedenza, e in particolare al tempo del fatto commesso, non era riconosciuto, o comunque implica un trattamento sanzionatorio più severo o altre conseguenze maggiormente gravatorie.

Al non giurista parrà strano se non incivile che casi uguali possano essere decisi dai giudici penali secondo conclusioni interpretative affatto diverse, senza che la legge nel frattempo sia mutata. Nel Seminario in corso è stata avanzata da parte di studiosi medici (Scandellari) l'opinione secondo cui il giurista, a differenza del medico, sarebbe affrancato dai problemi che la variabilità individuale suscita. Ma ciò non può dirsi, tra l'altro, quando il paziente in cura è il diritto stesso. Invero, già il mutamento nel tempo dell'interprete, in particolare del giudice, compresi i mutamenti interni alla stessa persona del giudice, si risolvono in mutamenti del diritto, in quanto mutino l'interpretazione. Il tema della variabilità individuale emergerebbe con la massima intensità qualora si accogliesse l'opinione secondo cui l'unica vera norma positiva è la norma individuale nella quale l'ordinamento si ridetermina ogniqualvolta sia in deci-

alenti possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto, in *F. it.*, 1990, I, 415.

Per indicazioni giurisprudenziali v., per tutti, E. SCARDACCIONE, *Quel che resta del giorno: le sezioni unite penali più che risolvere, accentuano i contrasti*, in *Cass. pen.*, 1999, n. 293; A. ESPOSITO - G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza penale della Cassazione*, Padova, 1995.

Cfr., inoltre, i vari interventi sul tema *La Cassazione penale: problemi di funzionamento e di ruolo*, pubblicati, con nota int. di G. PIANNACA, in *Foro it.*, 1998, V, 441 (in part. Contento, Lattuzzi, Mazzacova, Pioletti, Pisani); sullo stesso tema, la *Relazione* del Primo presidente della S.C., del 23 aprile 1999, in *Guida al dir.*, n. 18, 1999, 110; la lettera dello stesso presidente, del 10 marzo 1999, pubblicata sotto il titolo *Una patologia funzionale della Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1999, 1359; la precedente lettera del 13 giugno 1994, pubblicata con lo stesso titolo *ivi*, 1994, 2825.

(*) C. DELL'ACQUA, *La giurisprudenza come sistema e il «gioco» dell'interpretazione*, in *Dir. e soc.*, 1993, 489.

(4) Per un primo quadro generale v. M. CAPPELLI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; C. GUARNIERI - P. PEDERZOLI, *La democrazia giudiziaria*, Bologna, 1997; *Giudici e diritti*, numero monografico di *Dem. e dir.*, 1996; E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIANANTI (a c. di), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Milano, 1996; V. MARINELLI, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996; *Id.*, *Ermeneutica giudiziaria e nomofilachia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1998, 533. V., inoltre, T. MAZZARISE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996.

sione il caso concreto⁽⁵⁾. Sarebbe, allora, chiaro che il giurista opera in condizioni di incertezza almeno tanto quanto in tali condizioni operano, come affermano (Azzone), il medico e lo studioso di medicina.

1. *Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole al confronto col principio di legalità penale*

È d'uopo ribadire, iniziando l'approfondimento del tema, che elementari esigenze di irretroattività del diritto punitivo dovrebbero comportare l'applicazione del regime giurisprudenziale vigente all'epoca del fatto, cioè implicare il divieto di retroazione rispetto a nuovi significati attribuiti alla legge penale. Se, inoltre, fosse ammessa un'ampia valorizzazione del *favor rei*, si dovrebbe pervenire al principio di applicazione della norma giurisprudenziale pur sopravvenuta ma più favorevole. Che l'evoluzione di dottrina e giurisprudenza, quindi del significato della legge, sia fisiologica⁽⁶⁾, non par dubbio, ma ciò non implica da sé che possano o debbano mancare rimedi per gli effetti dannosi collaterali che scaturiscono da tale pur fisiologico processo.

Tuttavia, una soluzione in questi termini non è stata ancora raggiunta dalla scienza penalistica e tanto meno dalla pratica, nonostante Carlo Esposito a suo tempo abbia aperto una via di indagine sulla base dell'art. 25, co. 2 Cost., traendone «una direttiva che si rifuggano interpretazioni più severe della norma penale, non ammesse all'epoca del commesso delitto e sviluppatesi solo in epoca posteriore per effetto dell'evoluzione dei tempi»⁽⁷⁾. È rimasta isolata la dottrina penalistica che, sulle stesse basi, ha concluso nel senso dell'irretroattività dell'interpretazione evolutiva determinata da evoluzione storico-culturale⁽⁸⁾, l'ipotesi più limpida tra quelle di retroattività della legge penale alle quali oggi, riproponendo il problema, si attribuisce icasticamente la qualifica di «occulte»⁽⁹⁾.

Secondo parte della dottrina, la mitevolezza dei risultati giurisprudenziali, quindi la «flessibilità»⁽¹⁰⁾ della legge, dovrebbe essere intesa nel senso che i potenziali mutamenti giurisprudenziali sarebbero già tutti contenuti nella legge penale⁽¹¹⁾. Ne

(5) V., per tutti, G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, 222, 229; e cfr. P. NERROT, *L'ipotesi perduta della legge*, Padova, 1994.

(6) Sul punto, di recente, U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Padova, 1998, 86.

(7) C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scr. giur. on. F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 501.

(8) M. LEONE, *Aspetti costituzionali del principio di irretroattività in materia penale* (1979), in *Giust. pen.*, 1982, II, 278.

(9) A. CAROPPI, *Il principio di irretroattività*, in *AA.NN., Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 1997, 154 ss., 185 s.; riassuntivamente, S. DEL CORSO, *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 112.

(10) Prendo il termine, oggi molto in voga, da G. BETTOL, *Diritto penale*, IX ed., Padova, 1976, 121.

(11) Da noi, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, 45. Nella dottrina tedesca, per

deriverebbe che il problema dei mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli sarebbe un falso problema, se considerato sotto il profilo della retroattività, perchè in realtà la legge precisterebbe al fatto comprendendo tutti i significati che i giudici attribuiranno ad essa.

Questa chiave di lettura è ineccepibile in quanto concilia nella legalità l'unicità formale e la plurivocità sostanziale; ma è chiaro che relega quest'ultima sul piano meramente fattuale, privandola di rimedi giuridici. Essa esprime bene la mentalità penalistica dominante tra i teorici e tra i pratici, la quale poggia sui significati ultimi della legalità penale, sui valori sostanziali sortesi alla legge intesa come fonte esclusiva del diritto penale — unica manifestazione ammessa del diritto stesso: la legittimazione democratica del diritto penale risulterebbe infranta se si ammettesse che il potere giudiziario partecipa alla creazione del diritto penale. La giurisdizione penale dovrebbe, ancor oggi, coincidere con la legisazione⁽¹²⁾. Tale legittimazione, però, a sua volta si rivela sublimata in termini formali, mentre il significato della legge dipende in prevalenza dai giudici.

La soluzione legalista non recede nemmeno di fronte all'avvertimento che, nonostante la legge penale sia in ipotesi massimamente carica di determinatezza, il contributo della creatività giurisprudenziale alla formazione del diritto penale rimarrebbe «non interstiziale» — per dirla con Nuvoletto —, ovvero l'interpretazione rimarrebbe «sottilmente creativa, una continua, immediata creazione» per dirla con Bettiol che richiama Pugliatti e Capograssi⁽¹³⁾. La determinatezza, invero, attiene alla certezza in senso stretto, prevedibilità e quindi garanzia nell'aspetto statico, mentre l'irretroattività di cui qui si discute attiene all'aspetto dinamico della certezza e della garanzia, in senso ampio, cioè nel tempo⁽¹⁴⁾, le quali nella menzionata mutevolezza rischiano di trovare il proprio pregiudizio. È chiaro che se l'irretroattività riguardasse esclusivamente la legge, e se la determinatezza trovasse, come inevitabilmente trova, limiti anche solo di fatto — torneremo su questo punto —, ne discenderebbe «immancabilmente» un'apertura alla «retroattività» dei significati attribuiti in sede giudiziale⁽¹⁵⁾ — è appunto ciò che avviene.

tutti, G. TROENDLE, §2 Rdn. 16, in II-II. JESCHCK, W. RUS, G. WILLMS, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., 1. Bd., Berlin New York (WdG), 1985 (stand: 1978). V. anche, dello stesso A., *Rueckwirkungsverbot bei Rechtsprechungswechsel? Eine Betrachtung zu einem Scheinproblem der Strafrechtswissenschaft*, in *Festschrift f. Dreber*, 1977, 117.

(12) Come auspica F. SCARDI, *Riforma costituzionale e giurisdizione*, in *Giudici e diritto*, cit., 53.

(13) G. BETTIOL, *Diritto penale*, cit., 123 (corsivo dell'A.).

(14) Cfr. L. GIANPOMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Dir. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, 275.

(15) P.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 36 s., 387. Cfr., inoltre, G. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, 377. Sulle potenzialità significanti del principio di determinatezza nel sistema penale tedesco, v., per una recente, non utopistica riconsiderazione, II. MUELLER-DREY, *Abschied vom Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht?*, in *Festschrift f. Lenckner*, Muenchen, 1998, 179 (ivi ult. ind.). Per una considerazione del nostro tema in ambito francese v. J. RIVERO, *Sur la retroactivité de la règle jurisprudentielle*, in *Pages de doctrine*, Paris, 1980, I, 165.

2. Retroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole al confronto col giudizio di colpevolezza (sent. cost. 364/88)

Coloro che avvertono il problema di tutela sotteso alla «retroattività» giurisprudenziale, per la maggioranza dispiegano tentativi di rimedio su un piano diverso da quello che attiene alla successione di leggi. Secondo la tesi più accolta nella dottrina tedesca⁽¹⁶⁾ e pressoché pacificamente da quella austriaca⁽¹⁷⁾, tesi che ormai trova echi anche in Italia⁽¹⁸⁾, il fenomeno del mutamento giurisprudenziale sfavorevole va inquadrato sotto il profilo dell'ignoranza della legge penale (errore sul divieto), la quale è scusabile (soltanto) quando sia inevitabile come ha sancito la notissima sentenza costituzionale dell'88 (n. 364)⁽¹⁹⁾.

Al riguardo, molti rilievi dovrebbero esser mossi, a partire dalla constatazione che paradossalmente si attribuisce al singolo una ignoranza o errore che, semmai possa esistere, è da attribuire *in primis* allo stesso apparato statale, ma — qui sta il punto — mantiene nonostante ciò le vesti di diritto obiettivo in relazione al caso già deciso. Inoltre, si noti che le più o meno contenute dimensioni dell'oggetto riferibile all'*ignorantia iuris* (l'antigiuridicità generica, secondo l'opinione dominante)⁽²⁰⁾, comportano un correlato dimensionamento dell'ambito giurisprudenziale rilevante, in senso restrittivo rispetto al novero giurisprudenziale considerabile in base ad un ipotetico principio di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, principio che sotto l'egida della sicurezza giuridica sarebbe destinato ad operare senza limiti — comprenderebbe, tra l'altro, i casi di giurisprudenza sfavorevolmente innovativa in punto di scusabilità dell'*error iuris* (!).

Qui interessa, tuttavia, concentrare l'attenzione, anche per ragioni di economia espositiva, soltanto sul rilievo che trattare il problema dei mutamenti giurisprudenziali esclusivamente nell'ambito del rimprovero implica un processo di soggettivizzazione, in particolare conduce a collocare in una dimensione soggettiva il principio di tutela dell'affidamento, magari fino al punto, come tra poco si dirà, che il mutamento sfavorevole sarebbe posto a carico di alcune persone e non di altre. Sul piano della sicurezza giuridica dovrebbero valere, invece, criteri rigorosamente oggettivi⁽²¹⁾.

È vero che la menzionata decisione costituzionale dell'88 induce a rimediazio-

(16) Per tutti, G. JAKOBS, *Strafrecht* A. T., 2. Aufl., Berlin-New York (WdeG), 1993, 106.

(17) Per tutti, F. NOWAKOWSKI, § 1 nr. marg. 59, in E. FOREGGER - F. NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar zum StGB*, Wien (Manz), 1979; F. HOPMEL, *Zu Sinn und reichweite des sogenannten Analogieverbotes*, in *JBl*, 1979, 507 III. 14; L. STEININGER, § 1 nr. marg. 112 (2. lfg.), in O. TRITTLER (Hrsg. v.), *StGB Kommentar*, Wien (Orac), 1994 (3. lfg.).

(18) V., per tutti, M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, I, II ed., Milano, 1995, sub art. 1, n. marg. 40.

(19) Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, in *Riv. trim. dir. pen. cc.*, 1988, 336, e al riguardo P. PATRONO, *Problematiche attuali dell'errore in diritto penale dell'economia*, ivi, 1988, 87.

(20) Per tutti, F.C. PALAZZO, *Ignoranza della legge penale*, in *Dir. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, 133.

(21) Cfr. F.C. PALAZZO, *Ignorantia legis: vecchi limiti e orizzonti nuovi della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 931.

ni sul ruolo della giurisprudenza, quando valorizza sul piano della colpevolezza, in senso scusante, il «gravemente caotico atteggiamento giurisprudenziale» (par. 27), e tende ad affermare come diritto obiettivo il diritto del cittadino alla riconoscibilità delle norme penali (par. 17). Ma non sono così immediate certe conseguenze che taluno ne fa senz'altro derivare, come in particolare l'impossibilità di innovazioni interpretative che portino a ritenere penalmente rilevante ciò che la giurisprudenza precedente tale non considerava⁽²⁷⁾. Non pare, cioè, che questa conclusione si possa trarre dalla constatazione che la decisione costituzionale si rivolge anche alla giurisprudenza — oltre che al legislatore — nell'affermare il diritto di riconoscibilità della legge penale⁽²⁸⁾. Infatti, la Corte rifugge dalla pura e sola «oggettivazione» dei criteri di misura della colpevolezza (par. 26). Afferma, quindi, che non vi è scusa se il concreto imputato per sue speciali conoscenze ed «abilità» era in grado di cogliere i contenuti ed il significato determinativo della legge penale: il giudizio impersonale viene compensato da un'indagine attinente al soggetto agente, sulla base del dovere di informarsi cui la stessa corte assegna rango costituzionale (art. 2 Cost.). In ciò trova limite, tra l'altro, l'indicazione del «gravemente caotico atteggiamento giurisprudenziale» quale esempio di rilevanza scusante dell'*ignorantia legis*. Emerge chiaramente che i «c.d. criteri oggettivi puri» (par. 27; cors. nostro) non sono esaurienti (come tali non rilevano in via esclusiva), proprio perchè «la spersonalizzazione che un giudizio formulato alla stregua di criteri oggettivi puri necessariamente comporta va, tuttavia, compensata, secondo quanto innanzi avvertito (...)»; parimenti dicasi dei criteri «misti», che non devono implicare «spersonalizzazione» (par. 27). Nulla rende vincolante il precedente, nemmeno il costante orientamento giurisprudenziale.

La Corte si occupa dell'*apparenza*⁽²⁹⁾. L'impianto argomentativo rimane ancorato a premesse strettamente legal-giurpositivistiche, per cui gli esiti giurisprudenziali sono considerati non già diritto penale bensì apparenza del diritto penale, un'apparenza che non esclude l'eventualità che un qualche interprete — e in particolare il giudice, da un lato, e il reo, dall'altro lato — sia riuscito a superarla ristabilendo la verità del diritto quale emerge dalla sua fonte esclusiva che nella espressa considerazione della corte è la legge e null'altro che questa.

Pare arduo, quindi, condividere la tesi secondo cui nel pensiero della Corte costituzionale la legge non è solo quella scritta nel codice ma è quella risultante dal-

(²⁷) V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni alla unità della giurisprudenza*, in *Cass. pen.*, 1988, 1577. Riguardo ad aperture in tal senso nella giurisprudenza costituzionale tedesca v., per tutti, E. SCHMIDT-ASSMAN, *Art. 103 Abs. 2* (1992), in *Grundgesetz. Kommentar*, Bd. IV, Muenchen, 1996, nr. marg. 241.

(²⁸) Conclude nel senso qui non condiviso A. CAKOPFI, *Introduzione*, cit., 84.

(²⁹) La stessa «assoluta oscurità del dato legislativo» cui la corte si riferisce (par. 27), è quella *apparente*, e non può quindi essere senz'altro iscritta nel novero delle violazioni del principio di legalità, come invece ritiene la dottrina (per tutti, D. PULITANO, *Una sentenza storica che restauri il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686; PABROSO, *Problematiche attuali dell'errore*, cit., 107).

l'interpretazione dei giudici⁽²⁵⁾. La situazione delineata dalla Corte, secondo cui «l'assoluta, «illuministica» certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito»⁽²⁶⁾ perchè è sempre necessario riferirsi al mediatore-interprete (par. 18), non trova rimedio in una concezione dell'«ordinamento» come formato (anche o soltanto) dalle norme intese come prodotte dalla fonte costituita dal mediatore-interprete della legge, nemmeno quando si tratti dello Stato. Non valgono cioè come tali le norme «riconoscibili» tramite il «diritto vivente» di cui pure la Corte fa largo uso ma, coerentemente e correttamente, solo se (perchè) lo ritiene corrispondente alla legge⁽²⁷⁾. Tale situazione di incertezza trova rimedio, invece, nella concezione del rapporto tra concreto soggetto e ordinamento, che condiziona il rapporto tra lo stesso, individuato soggetto e singola legge penale fino al punto che il valore del precetto penale come regolatore della condotta si costituisce «per quel che appare ai consociati» (par. 17), sicché l'oggettiva impossibilità di conoscenza del precetto, nella quale venga a trovarsi chiunque, per la Corte «non può gravare sul cittadino». Sia però chiaro: dal chiunque è escluso il giudice, perchè se nemmeno il giudice riconosce il precetto, allora o il precetto in realtà non esiste, o quanto meno la legge, se lascia il dubbio, non può dirsi determinata (va espunta)⁽²⁸⁾: invero, non avrebbe senso la questione se onerare o no il cittadino di conseguenze penali derivanti da un precetto che non esiste o deve non esistere.

Detto in altri termini: non è escluso che un testo risultante plurivoco in base ai precedenti giurisprudenziali, pur caotici in complesso, sia invece ritenuto univoco da parte del successivo giudice alla stregua di un'interpretazione che si ponga come «corretta» e altresì come agevole per la generalità e per il singolo in questione, nonostante i precedenti. La giurisprudenza precedente diventa in questa prospettiva piuttosto la causa di una indebita, riconoscibile o addirittura riconosciuta distorsione del significato della legge, che non il diritto come «appare ai consociati».

3. (Segue): *Incertezza giurisprudenziale tra vizio di tassatività-determinatezza ed error iuris*

Giova ora riprendere un tema lasciato aperto sopra, quello dei limiti alle potenzialità del principio di tassatività-determinatezza.

(25) Tesi avanzata da CALDWELL, *Introduzione allo studio del valore del precedente*, cit., 84.

(26) Cfr. J. FRANK, *Law and modern Mind*, London, 1949; e al riguardo N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1951, 146. Di recente, V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, II ed. ampl., Milano, 1995.

(27) Sul punto si tornerà *infra*, par. 3.

(28) Sul punto, per tutti, F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 239; G. FALZEA, *Il principio ignorantia iuris non excusat e il ruolo dell'avvocato nella conoscenza del diritto*, in *Riv. pen.*, 1989, 1, 28; L. STORTONI, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1313.

Nelle prospettive legalistiche spesso risulta non chiarita la distinzione tra arbitrio del legislatore, arbitrio del giudice⁽²⁹⁾, ineliminabili spazi di apertura della legge. Invero, dalla circostanza per cui una fattispecie non tassativamente formulata comporta il rischio di interpretazioni arbitrarie non deriva necessariamente che ogni qual volta sussista il fatto che le decisioni giudiziali sono le più disparate e discordanti, la fattispecie sia affetta da vizio di tassatività. Proprio in ciò trova spazio il caos giurisprudenziale in cui ogni giudice affermi la propria interpretazione come l'unica conforme a legge (quando non addirittura l'unica conforme al canone dell'interpretazione c.d. tassativizzante⁽³⁰⁾), valuti le altre come arbitrarie, e non ravvisi vizi di tassatività della legge.

Tuttavia, in dottrina si sostiene, in prospettiva critica rispetto alla sentenza costituzionale 364/88, che «un'incertezza giurisprudenziale che renda tanto difficilmente prevedibile l'esito del giudizio da far divenire necessaria la scusabilità dell'errore di diritto non (può) — in via di principio — che derivare da un vizio a monte, da una carenza di tassatività della previsione legale»⁽³¹⁾. Si riconosce, però, che questa conclusione deve inserirsi in un quadro sistematico in cui compaiono due specie di carenza di tassatività, una fisiologica, quindi inevitabile (e perciò — aggiungeremmo — foriera di contrasti giurisprudenziali altrettanto fisiologici⁽³²⁾) e una patologica alla quale soltanto sarebbe riferibile il vizio di costituzionalità⁽³³⁾. Ma questa costruzione lascia aperto il campo all'obiezione secondo cui se l'evoluzione, la mutevolezza dei significati attribuiti dalla giurisprudenza non esprime da sé un vizio di tassatività della legge, allora non la potrebbe esprimere neppure il fatto che l'esito del giudizio sia imprevedibile per (sulla base dell') incertezza giurisprudenziale, salvo scambiare, come ora si dirà, la legge con i significati attribuiti dalla giurisprudenza. Invero, la dottrina considerata non chiarisce se vi siano ipotesi in cui tali, molteplici significati contribuiscano costitutivamente ad integrare l'oggetto del giudizio di tassatività, e quindi diano luogo ad un vizio di tassatività della norma. Un contributo del genere può sembrare implicato nell'affermazione secondo cui si darebbe una «perdita di certezza del dato normativo ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale» — così avverrebbe il passaggio storico dalla tassatività alla non tassatività, con riferimento ad

(²⁹) Per una chiara distinzione v., per tutti, A.R. LATAGLIATA - L. MAZZA, *La verifica giurisprudenziale dell'uso di concetti indeterminati: «La limitata entità dei volumi illegittimamente realizzati. Una condanna senza appello per le formule vuote»*, in *Giur. pen.*, 1983, 523.

(³⁰) Riguardo al quale v. F.C. PALAZZO, *Orientamenti dottrinali ed effettività giurisprudenziale del principio di determinatezza tassatività in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 333.

(³¹) STORIONI, *L'introduzione*, cit., 1322.

(³²) Per la precisazione che il principio di determinatezza non impone di formulare norme così chiare da non esigere interpretazione v. M. RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 130 ss.; A. PAGLIARO, *Principio di legalità e indeterminatezza della norma penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 697.

(³³) L'affermazione, che è di Bricola, viene ripresa da STORIONI, *L'introduzione*, cit., 1319.

uno stesso enunciato legale⁽³⁴⁾. Ma ciò non sarebbe sostenibile se si ritenesse che il *Richterrecht* non dovrebbe avere legittimo ingresso nel diritto penale, come si ritiene⁽³⁵⁾. Se valesse quest'ultima affermazione, allora la tassatività sarebbe in grado di dipendere dagli esiti delle applicazioni giudiziali soltanto nell'apparenza, cioè varrebbe al più come indizio; se, invece, come pare in ultima si sostenga, il significato normativo individuato in fase applicativa giudiziale rilevasse quale parte integrante dell'oggetto del giudizio di tassatività, ancorandosi alla fattispecie legale, allora risulterebbe aperta la via di affermazione di un diritto penale «reale» di fonte giurisprudenziale — il che però non può accadere senza rimozione del divieto d'ingresso imposto al diritto penale giudiziale.

Non vi è dubbio che la questione dell'accesso del diritto giurisprudenziale in sede di giudizio sulla tassatività della legge penale non trovi una soluzione limpida da parte della Corte costituzionale, in quanto a volte la corte lascia credere che il c.d. diritto vivente (giurisprudenziale) contribuisca a fornire sufficiente determinatezza alla legge⁽³⁶⁾. Tuttavia, un chiarimento complessivo emerge nelle decisioni che investono la pretesa funzione inversa, cioè la de-tassativizzazione ad opera della giurisprudenza, che nell'opinione della corte non è confondibile con la circostanza che esistano contrasti giurisprudenziali: la corte, invero, rifiuta di identificare tali contrasti con la carenza di tassatività di disposizioni che pur siano di lettura non pacificamente univoca, mentre ribadisce che il giudice deve esercitare la propria funzione interpretativa — e spesso la stessa corte aggiunge la propria alle altrui interpretazioni⁽³⁷⁾, preferendola anche in base al canone della interpretazione c.d. tassativizzante. Ammesso pure che la corte a volte lasci intendere che l'intensità quantitativa dei contrasti potrebbe reagire sul giudizio di determinatezza, tuttavia resta quantomeno inespresso se in tal caso si tratterebbe davvero di valorizzazione immediata del diritto vivente⁽³⁸⁾ — il che sarebbe produttore ai nostri fini —, o non piuttosto, come pare più coerente ed anche aderente al pensiero della corte, di un impiego cui sarebbe sotteso un giudizio di corrispondenza tra le interpretazioni affermatesi in giurisprudenza e quelle che la corte stessa ritenga fondate e quindi tali da dar luogo, ma con riferimento alla legge,

⁽³⁴⁾ STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1325, 1322.

Non è conciliabile ammettere da un lato che sul piano astratto sarebbe *sempre* possibile immaginare un'interpretazione alternativa, e dall'altro lato che vi è carenza di tassatività quando più interpretazioni plausibili si realizzino in concreto (v. per es., MUCCIARELLI, *Errone e dubbio*, cit., 260 nt. 11 e 261). Quest'ultima affermazione è incompatibile con la prima la quale ha senso se e soltanto se implica l'equi-plausibilità delle opposte interpretazioni (semmai, l'ipotesi dell'equi-plausibilità delle interpretazioni fa ben emergere l'apporto risolutivo dell'interprete e quindi quello giudiziale che spesso si eleva perfino nella sfera metagiuridica financo sconfinando dal razionale).

⁽³⁵⁾ STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1321. Cfr. G. ORIO, *Richterrecht*, Milano, 1985.

⁽³⁶⁾ V. la disamina di PALAZZO, *Orientamenti*, cit.

⁽³⁷⁾ Ril. in PALAZZO, *op. ult. cit.*

⁽³⁸⁾ In questo senso, tendenzialmente, PALAZZO, *op. ult. cit.*, 351. Sul punto v., inoltre, G. MARINUCCI E E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, II ed., Milano, 1999, 82.

ad una indeterminatezza «assoluta, non eliminabile in sede interpretativa»⁽³⁹⁾. Insomma, il giudizio di tassatività è sì concepibile solo nella «dimensione ermeneutica», ma ciò non implica da sé che tale dimensione debba riempirsi necessariamente ed esclusivamente delle applicazioni fatte dai (dagli altri) giudici⁽⁴⁰⁾, sicché decisiva è l'indecidibilità tra una pluralità di interpretazioni, affermate l'una e l'altra immediatamente dal giudice *a quo* e avallate entrambe da parte della Corte. La sentenza dell'88, del resto, pare ben chiarire che perfino il caos giurisprudenziale non rileva di per sé immediatamente nemmeno sul versante del rimprovero.

Pare, quindi, che certi (almeno apparenti) disagi della Corte nel fissare i rapporti tra pluralità di interpretazioni e determinatezza della fattispecie derivino soprattutto dal fatto che, come anche di recente è stato rilevato, manca a tutt'oggi una adeguata tutela costituzionale contro l'interpretazione analogica *in malam partem* (aggiungiamo: compresa quella estensiva *post factum*), proprio perchè il precedente è (ritenuto) non vincolante⁽⁴¹⁾. Solo nella molto teorica ipotesi (limite) in cui l'indirizzo giurisprudenziale consolidato ammettesse l'analogia, questa ammissione potrebbe essere denunciata alla corte quale «norma vivente» contraria alla Costituzione⁽⁴²⁾. Questo caso sta ad esprimere ancora simbolicamente (e problematicamente) l'impossibilità di prescindere da una considerazione autonoma della norma «reale» giurisprudenziale, fosse pure quest'ultima il frutto di mera creazione da parte del giudice. Comunque, esso si aggiunge e non già assorbe o sostituisce quello in cui si dia la non tassatività della fattispecie astratta. E nondimeno, riguardo a quest'ultimo caso, rimane ermeneutica la distinzione, affacciata dalla corte, tra da un lato l'ampio margine lasciato alla discrezionalità dell'interprete, che costituirebbe soltanto «un sintomo, da verificare, di indeterminatezza», e dall'altro lato la mancata scelta legislativa relativa a tutto o gran parte del tipo di disvalore d'un illecito, la quale comporterebbe l'indeterminatezza

(39) Corte cost., 31 luglio 1989, n. 472, in *Giust. pen.*, 1990, I, 148 (data la premessa riferita nel testo, non pare che questa decisione faccia dipendere l'indeterminatezza dal numero delle opzioni interpretative in campo, e nemmeno che escluda l'indeterminatezza nel caso di due interpretazioni equivalenti, come invece ritiene PALAZZO, *op. ult. cit.*, 351). Cfr. A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Roma, 1985, 82 ss. e *passim*. V. anche Corte cost. 21 novembre 1997, n. 360, in *LP*, 1998, 524.

(40) M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 261 e nt. 245. Per una relativa svalutazione di tale dimensione, anche sul presupposto che la giurisprudenza non eserciti un potere normativo (ma ammettendo che sia «creativa»), v. M. PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alla disciplina delle armi giocattolo: il «diritto vivente» tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1989, I, 29 (in nota a Corte cost., 9 gennaio 1989, n. 11). Cfr. Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Cass. pen.*, 1989, 1653, secondo cui la determinatezza è «una qualità delle norme (e dei suoi elementi essenziali) come risultano dagli enunciati legislativi, dall'interpretazione dei medesimi e dal loro precisarsi (o confondersi) attraverso l'applicazione».

(41) DONINI, *Teoria*, cit., nt. 245. Pare quasi superfluo rilevare che non esistono confini tra l'interpretazione estensiva e quella analogica (per tutti, G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. di proc. pen.*, 1989, 1535).

(42) Arg. da Corte cost., 27 luglio 1989, n. 456, in *Giust. pen.*, 1989, I, 108 (n. 1 del cons. in dir.).

za lasciando il giudice «libero» di scegliere significati tipici⁽⁴³⁾. Qui emerge bene come il nostro problema di retroattività stia a monte, per così dire, coinvolgendo in ipotesi perfino la successione di interpretazioni più o meno tassativizzanti dello stesso principio di determinatezza nonché del suo oggetto, che ridondano in interpretazioni della norma penale, eventualmente sfavorevoli *post factum*. Vale a dire: si potrebbe concepire una più adeguata garanzia sul piano oggettivo, che tenda più intensamente verso quella «certezza soggettiva sull'esito dei casi giudiziari», sul «raccordo tra fatto e diritto», consentendo in prospettiva diacronica un momento di auto-riflessione critica da parte del giudice su tale raccordo e conseguente raggiungimento di certezza il quale (comunque) — seguiamo sempre la Corte — «tocca alla giurisdizione e alla dottrina, attraverso l'«istituzionalizzazione» della legge, o meglio attraverso i «Rechtsinstitute», che accompagnano la legge e ne condizionano il significato»⁽⁴⁴⁾.

Dunque, fino a che i significati normativi attribuiti nelle sedi giudiziali non saranno posti ad oggetto immediato di considerazione quale diritto penale o almeno «come se» fossero diritto penale, ai fini dell'applicazione dei principi penalistici di certezza e garanzia, sarà sempre possibile affrancarsene sulla scorta della priorità esclusiva dell'oggetto-legge penale, lasciando più o meno in ombra la pluralità dei soggetti-interpreti e delle correlate variabili letture. La sentenza 364/88 poggia su tale priorità. Singolare risultato ne è che la corte, se per un verso tenta di attribuire al principio di colpevolezza funzione costitutiva di un «secondo aspetto del principio garantistico di legalità» (par. 8, in fine, cors. nostro), per altro verso conduce, consequenzialmente, la colpevolezza a ridosso del contributo alla funzione costitutiva del diritto penale — si pensi al caso-limite in cui sia il reo ad aver scoperto e suggerito l'interpretazione sfavorevole accolta dal giudice.

Su queste basi, pare chiaro che i fondamenti ultimi e i correlati esiti del principio personalistico innescano — non può essere altrimenti — l'esplosione del fondamento legalitario. Quest'ultima si realizza anche perchè i criteri di apprezzamento dell'inevitabilità dell'errore rimangono instabili, poichè pericolano quanto meno nell'impraticabilità processuale del regime della colpa in una così complessa materia, salvo che non si affermino chiari criteri oggettivi davvero puri, così tuttavia ridimensionandosi l'approccio «personalistico». Paradossalmente, un regime connotato da riferimenti al soggetto finirà col dare adito ad arbitri in tema di *error iuris* inevitabile, ben più aberranti che non la paventata mancata denuncia di un difetto di tassatività della legge in caso di caos giurisprudenziale⁽⁴⁵⁾. Tra l'altro, occorre notare la fragilità di eventuali tentativi di installare vincoli al precedente all'interno del giudizio di colpevolezza. È fragile, p.es., una costruzione in cui gli esiti interpretativi precedenti siano assunti convenzionalmente, nell'ambito del giudizio di rimproverabilità, ai fini

(⁴³) Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, cit., par. 3; Corte cost., 27 gennaio 1995, n. 31, in *Cass. pen.*, 1995, 1151.

(⁴⁴) Corte cost., 16 maggio 1989, n. 247, cit., par. 3.

(⁴⁵) Riguardo alla quale v., per tutti, STORTONI, *L'introduzione*, cit., 1317; G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza*, 139.

di fissare il parametro del «preferibile» ovvero «esatto significato e della esatta portata della norma» alla cui stregua valutare l'inevitabilità dell'errore ermeneutico⁽⁴⁶⁾, tanto più qualora il criterio di paragone consista nell'interpretazione maggiormente accreditata presso dottrina e giurisprudenza⁽⁴⁷⁾. Il problema del contrasto giurisprudenziale, quando lo si voglia sublimare sul piano del rimprovero penale in base alle indicazioni fornite dalla corte costituzionale, cioè valutando la «forza» dell'apparenza alla stregua del dovere di informazione incombente sull'individuo, deve misurarsi con la constatazione che una conoscibile interpretazione la quale pur sia dominante e tuttavia sia riconoscibile come arbitraria, vale nulla in senso scusante, vale cioè tanto quanto una pronuncia isolata conoscibile e riconoscibile come arbitraria; per contro, una conoscibile pronuncia che sia isolata ma riconoscibile come fondata deve esser preferita ad una nutrita serie di conoscibili contrarie decisioni che siano riconoscibili come infondate.

4. Soggettivazione del principio di affidamento e negazione del valore vincolante del precedente

Da quanto finora esposto emerge che sul piano del diritto costituzionale, per quanto ne ritiene la Corte costituzionale, se da un lato trova luogo il dovere dello Stato di rendere riconoscibili ai consociati le norme penali, dall'altro lato, quanto ai mezzi per l'adempimento di tale dovere e le correlate garanzie, la via dell'equazione diritto penale = diritto giurisprudenziale non è via obbligata, ed anzi finora risulta preclusa. Se è assegnabile ai precedenti una funzione di mediazione⁽⁴⁸⁾, non perciò si giunge a riconoscere alla giurisprudenza penale natura di fonte pur soltanto secondaria⁽⁴⁹⁾, né la mediazione opera comunque quale termine di riferimento esclusivo. Quel che conta è il complessivo risultato, che cioè sia salva la fede pubblica nella *fairness* delle istanze statali⁽⁵⁰⁾ (resta però tutto da dimostrare che l'obiettivo sia stato conseguito). Perciò il precedente giurisprudenziale non necessariamente deve operare come diritto obiettivo così da ottenere valore vincolante.

Nel sistema fin qui descritto, muovere dalla tutela dell'affidamento non conduce ad estendere il divieto di retroattività alla giurisprudenza, perchè gli spazi che rimangono inevitabilmente aperti dopo il giudizio di determinatezza della legge e dopo la

(46) MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 243.

(47) Come propone MUCCIARELLI, *Errore e dubbio*, cit., 266.

(48) Cf., al riguardo, E. SCHLUDCHTER, *Mittlerfunktion der Praesjudizen*, 1986, 113 («... una massima per i casi futuri»).

(49) In generale, sul piano costituzionale, riguardo all'attribuzione alla giurisprudenza del ruolo di fonte v., in senso negativo, L. PALADIN, *Le fonti nel diritto italiano*, Bologna, 1996, 99 s.; per la qualificazione del precedente tra le fonti ad efficacia variabile, A. PIZZOBUSCO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, *Dip. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 429.

(50) U. NEUMANN, *Rueckwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?*, in *ZStW* 103 (1991), 348 s.

considerazione di altri principi costituzionali che tendano a conformare la legge penale rendendola riconoscibile, si chiudono tramite il principio di tutela dell'affidamento inteso sì anche in un senso oggettivo ma non fino al punto da scardinare il sistema delle fonti del diritto penale concepito come ancorato esclusivamente alla legge. Insomma, se vi sono ragioni per negare valore di fonte alla giurisprudenza, non servirà a predicarne l'irretroattività, sia pur eccezionalmente⁽²¹⁾, l'aver concepito quest'ultima in base alla protezione dell'affidamento. Inoltre, se manca l'attribuzione di un qualche valore vincolante al precedente giurisprudenziale, non è possibile incardinare certezza e garanzia sulla valorizzazione della «Norm in Funktion» (*law in action*, diritto vivente) oltre il testo legale astratto, ricollegandovi l'irretroattività intesa come principio dello stato di diritto secondo cui le misure statali devono essere oggettivamente prevedibili⁽²²⁾: difetta, infatti, l'individuazione del termine cui ancorare il giudizio di mutamento concernente il senso normativo concreto di un immutato enunciato legale.

A questo punto è chiara la ragione per cui, se rimaniamo nella prospettiva finora esposta, alla successione nel tempo del diritto giurisprudenziale non è possibile applicare una norma costruita per analogia sulla base dell'art. 2 c.p.⁽²³⁾, che regola la successione delle leggi nel tempo — sempre che si ammetta che l'analogia penale e almeno quella *in bonam partem* non sia di principio preclusa. Vi è un dato essenziale — il coinvolgimento della nozione di fonte nell'un caso e non nell'altro — che esprime una diversità così radicale da risultare insuperabile per via analogica. Per la stessa ragione non troverebbe spazio la proposta di estendere analogicamente la norma costituzionale che fissa il divieto di retroattività della legge penale.

Dunque, l'ipotesi che il diritto giurisprudenziale penale-giurisprudenza penale sia inteso come fonte, resta metagiuridica alla stregua della risposta proveniente dal diritto giudiziale, resta cioè valida come criterio di lettura esterno, perchè proprio il diritto penale giudiziale, corte costituzionale in testa, non si attribuisce le caratteristiche ipotizzate. Si profila il paradosso per cui la qualifica di fonte risulta negata non appena si tenti di attribuirle⁽²⁴⁾ (si pensi alla strenua resistenza dei magistrati di fronte alle «accuse» di «supplenza giudiziaria», le quali sono sempre respinte obiettando che è stata applicata la legge). E come in giurisprudenza, la quale sfugge ad ogni questione

⁽²¹⁾ Come ipotizza W. HASSMER, *Einfuehrung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. Aufl., Muenchen, 1990, 264.

⁽²²⁾ Come propone K. TIEDEMANN, *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tuebingen, 1969, 204 ss.

⁽²³⁾ Cfr. i rilievi di G. DANNIKER, *Intertemporales Strafrecht*, Tuebingen, 1993, 372; da noi, Cadoppi, *Introduzione*, cit., 81.

⁽²⁴⁾ A prima lettura sembra far eccezione Cass. pen., sez. V, 27 luglio 1998, n. 4340 (c.c. 1 luglio 1998), Catapano, che attribuendo (ma non correttamente) significato alla circostanza che la Corte costituzionale tiene conto dell'interpretazione giudiziale (sentt. n. 88/1977 e n. 3/1956), conclude senz'altro nel senso «che le norme sono non quali proposte in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci».

incentrata sui limiti agli esiti della propria creatività⁽⁵⁵⁾, anche in dottrina non si fanno concessioni al pluralismo giuridico, l'unità e l'unicità del diritto penale essendo strenuamente salvaguardate tramite l'assetto formalmente monolitico della legge. L'indirizzo penalistico dominante, sul presupposto dell'unità e unicità del diritto-legge, continua a perseguire l'obiettivo dell'unità della giurisprudenza, fino al punto di proporre che la stessa Costituzione sancisca il principio di «uniformità» degli indirizzi giurisprudenziali⁽⁵⁶⁾, e che nuovi poteri al riguardo siano conferiti alla Corte costituzionale⁽⁵⁷⁾ — come se il problema non si riproponesse per qualsiasi corte.

5. *De iure condendo: per una ragionevole considerazione della giurisprudenza penale come fonte*

Il risultato cercato in termini di irretroattività può essere ottenuto, qualora non si ritenga corretto relativizzare immediatamente la riserva di competenza parlamentare (e quindi la riserva di legge) in nome della tutela oggettiva dell'affidamento, soltanto a condizione di incardinare in capo ai giudici una competenza a produrre o comunque ad esprimere diritto penale — competenza in qualche modo e misura concorrente con la prima⁽⁵⁸⁾. Si dovrebbero rovesciare le interpretazioni correnti che, a parte pure il significato speciale se non autonomo in campo penalistico che viene attribuito all'art. 25, co. 2, Cost., svalutano, per i profili che qui interessano, il richiamo alla giustizia contenuto nell'art. 101, co. 1: Cost. la giustizia è amministrata in nome del popolo⁽⁵⁹⁾. Non è recepita una lettura secondo cui i giudici dovrebbero

(55) Il caso recente più eclatante mi pare individuabile nel processo Priebke — per l'eccidio delle Fosse Ardeatine —, laddove la Corte mil. d'appello (15 aprile 1998, in *Dir. pen. e processo*, 1998, 1123, con mio commento) — ed anche la Cassazione che ha confermato — ha impiegato la stessa, unica legge ma norme diverse da quelle applicate nel '48 a Kappler e ad altri imputati — diverse perché l'interpretazione è mutata dopo mezzo secolo. Nel caso è mutato anche il clima culturale dell'interpretazione relativa alla ricostruzione in fatto. Tutto ciò è stato ammesso dalla stessa Corte d'appello che ha riconosciuto di aver espresso una «riflessione più matura sulle implicazioni giuridiche degli eventi» «solo grazie alla distanza temporale che separa il processo dagli eventi» stessi. Non posso soffermarmi su questi ulteriori mutamenti, che aprirebbero il campo, tra l'altro, al tema della distinguibilità tra fatto e diritto, tra fatto e norma in genere, al tema della successione di norme giuridiche e non giuridiche comunque implicate nella decisione, e alla questione generale se ed eventualmente quali conoscenze acquisibili soltanto dopo la commissione del fatto siano impiegabili al fine del decidere.

(56) CADOPPI, *Introduzione*, cit., 99; i vari interventi, sul tema *La Cassazione penale: problemi di funzionamento e di ruolo*, cit.; RIONDATO, *La giustizia penale*, in *Giudici e diritto*, cit., 340.

(57) Per tutti, CONTINO, *L'insostenibile incertezza*, cit.

(58) Nel diritto costituzionale tedesco l'operazione troverebbe quanto meno un non trascurabile aggancio testuale, dato che il principio generale afferma la soggezione dei giudici (non soltanto) alla legge e (ma anche) al Diritto (par. 20 GG), e non manca chi autorevolmente ne evidenzia le potenzialità significanti in diritto penale (HASSEMER, *Einführung*, cit., 197).

(59) V., per esempio, R. GUASTINI, sub art. 101, in *Commentario Branca*, Bologna e Roma, 1994, 146 (ma cfr. p. 142 nt. 7).

render giustizia essendo a questa assoggettati per amministrarla e, nel renderla, dovrebbero anche rimanere soggetti alla legge.

Sia chiaro che qui miro non già a proporre interpretazioni costituzionali alternative, bensì soltanto ad evidenziare alcuni importanti termini del problema, anche se ritengo che sia bene uscire dall'*impasse* per cui la pur ineliminabile creatività del giudice penale deve essere negata non perchè non ci sia, ma perchè lo *ius quo utimur* non la ammetterebbe ignorandola e comunque non sarebbe in grado di esprimere rimedi in termini di certezza e garanzia. Mi avvio con ciò a porre una domanda che riguarda la portata della ragionevolezza, cioè di quel criterio di opportunità razionale empirica, che ha molto da spartire con l'idea di giustizia⁽⁶¹⁾ e soprattutto con la «promessa di giustizia» che tende a porsi quale principio costituente del diritto stesso, nel quale, semmai, l'unità del diritto deve essere ricercata, fuori cioè da inadacenti quando non pericolose visioni di un'autorità omogenea dello Stato, ormai sostituita da processi di differenziazione e dunque di pluralizzazione sociale⁽⁶²⁾. La ragionevolezza implica la considerazione anche sintetica di tutti i valori costituzionali in gioco, tramite i noti bilanciamenti. Mi chiedo, dunque, se essa contribuisca o no al processo interpretativo rivolto alla determinazione del sistema costituzionale delle fonti del diritto penale, fino al punto di assegnare un ruolo alla giurisprudenza.

Su un piano teorico generale, non mirante in specie al diritto penale, viene profilata una risposta non facilmente cludibile per tale diritto, la quale tenta di conciliare da un lato una preferenza ideologica per i caratteri strutturali delle democrazie europee continentali, e dall'altro lato le acquisizioni dei giuristi, senza scadere in pericolose concezioni tecnocratiche riguardo al ruolo da assegnare a questi ultimi (specie sul versante «dottrinale», che — è da aggiungere — non presenta un caos minore di quello legislativo e giurisprudenziale): «a favore di una subordinazione "ragionevole" del giudice, e in generale dei giuristi, alla legge, pur senza disconoscere il carattere innovativo della loro attività di produzione diretta o indiretta di diritto e la loro responsabilità "politica"»⁽⁶³⁾.

(61) L. PALADIN, *Esiste un principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del Seminario (Roma, Pal. d. Consulta, 13 e 14 ott. 1992), Milano, 1994, 163. Ma v. lo stesso L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, *Enc. dir. Agg.*, I, 1991, 899.

(62) U.K. PREUSS, *Prospettive di sviluppo della scienza giuridica* (1988 vers. tedesca), in *Pol. dir.*, XXIII (1992), 31. Cfr. E. CAVALLA, *Il controllo razionale tra logica, dialettica e retorica*, in *Diritto penale, controllo di razionalità*, cit., 31 (la presenza di Dike: dea di un diritto custode della grande Porta dell'Essere; inteso questo come la potenza che, identica al pensiero, concilia continuamente in se stessa le sue parti).

(63) A. BARMITA, *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in *Mat. st. cult. giur.*, XX (1990), 205. Ulteriori considerazioni nell'intervento dello stesso A. in *Il diritto giurisprudenziale*, cit., 56, laddove si affronta il tema nella prospettiva suggerita dalla crisi generale della rappresentazione politica. V. altresì ID., *Ueber Juristenrecht*, in W. HASSEMER (Hrsg. v.), *Dimensionen der Hermeneutik*, Heidelberg, 1984, 57.

Su questa base si potrebbe tentare di superare l'indirizzo oggi dominante. Ma, come si è illustrato, un'inversione di tendenza — che voci ancora isolate vorrebbero si realizzasse anche nel diritto penale⁽⁶¹⁾ — si rivela ben lontana.

Non è, tuttavia, agevole fermare gli uomini e la loro storia, con il loro diritto inevitabilmente mutante. Tentativi che comportassero integralismi in tal senso rischierebbero di produrre gravi conseguenze di ulteriore scollamento tra diritto e società, anche favorendo la nascita di altri diritti fuori dai circuiti «ufficiali». Il che avviene perché il diritto penale è soggetto ad una frantumazione nei mille rivoli dei *mala quia prohibita* e soprattutto perché diventa sempre più arduo stabilire quali siano i *mala in se*⁽⁶²⁾ e se richiedano l'intervento penale, ammesso che sia stato agevole in altri tempi ma invero la distinzione è ritenuta del tutto opinabile⁽⁶³⁾ e in pratica i suoi margini di operatività sono destinati vieppiù a restringersi.

Occorre confrontarsi con una mutevolezza che in concreto può essere controllata negli effetti, per quanto realisticamente possibile, anche tramite l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, da un lato, e dall'altro lato tramite la tutela dell'affidamento nel senso indicato dalla Corte costituzionale — assieme alla tradizionale irretroattività della legge e agli altri basilari principi penalistici.

Ritengo che il problema in esame non trovi un adeguato contributo risolutivo secondo difficilmente importabili modelli di derivazione anglosassone⁽⁶⁴⁾ trasfusi in una valorizzazione del precedente giudiziale che precluda il mutamento interpretativo *tout court*, oppure in recezioni non filtrate della pur suggestiva soluzione condensata nella *prospective overruling*⁽⁶⁵⁾. Piuttosto a noi serve una relativizzazione del valore del «sussequente giudiziale» *in malam partem*, con preferenza del diritto vigente al tempo del commesso reato, in quest'ultima il precedente, sempre che esista, esaurendo la sua «portata»⁽⁶⁶⁾. Su questa base restano da costruire le condizioni di avvalorazione del sussequente per il futuro, cioè la sua forza di precedente sfavorevole. A mio avviso, la mera presenza del mutamento in sentenza è sufficiente a «legittimare» l'impiego del nuovo significato in relazione a fatti commessi dopo il mutamento stesso, salvi restando i cardini del regime della colpevolezza in caso di errore di diritto. Inoltre, deve essere precisato il ruolo di un eventuale principio del *favor rei* riflesso sui mutamenti giurisprudenziali, che mi pare potrebbe a sua volta affermarsi in termini analoghi a quelli che riguardano la successione di leggi penali.

(61) M. CORSALE, *Il giurista tra norma e senso comune. Verso un nuovo diritto giurisprudenziale?*, in F. D'AGOSTINO (a. c. di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. St. on. S. Cotta*, Torino (Giappichelli), 1993, 141.

(62) Per una diversa tesi, in tema di «pluralismo e destrutturazione» del diritto, V. FERRARI, *Note sulla l'alternativa del diritto contemporaneo*, in *Soc. dir.*, n. 1, 1993, 24.

(63) L. STORIONI, *L'introduzione*, cit., 1318 nr. 24.

(64) Cfr. CADOPPI, *Introduzione*, loc. cit.

(65) Riguardo alla quale v., per tutti GRANDE, *op. loc. cit.*

(66) Cfr. O.A. GERMAN, *La portata dei precedenti giudiziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, 1067.

6. *Proposte de iure condito: il divieto di interpretazione estensiva post factum nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo e nel diritto comunitario*

Una proposta «operativa». Se il divieto di retroattività della giurisprudenza penale sfavorevole non trovasse un riconosciuto ancoraggio nel diritto nazionale italiano, per quanto ho finora esposto, non perciò solo tuttavia non potrebbe riuscire ad emergere in forza di esiti giuridici di derivazione internazionale. Infatti, un certo ruolo del diritto giurisprudenziale, e del correlato divieto di retroattività, può essere affermato, per esempio, sulla base dell'art. 7 Conv. eur. salv. dir. dell' uomo, che stabilisce l'irretroattività del diritto penale interno⁽⁶⁹⁾. Se, come molti ritengono, compresa la Corte europea dei diritti dell'uomo, la nozione di diritto ivi implicata va oltre quella di legge, e si determina anche in base al risultato dell'interpretazione giudiziale, allora la retroattività del mutamento giurisprudenziale penale sfavorevole trova sanzione (contro lo Stato che non l'ha impedita) tramite la Convenzione europea⁽⁷⁰⁾. In base all'art. 7 cit., la legittimità dell'interpretazione estensiva dovrebbe essere esclusa almeno nelle ipotesi di attribuzioni di rilevanza penale a fatti che in precedenza non rappresentavano comportamenti punibili⁽⁷¹⁾.

A ciò si aggiunga che la rilevanza dell'art. 7 cit. si accentua in forza del diritto comunitario, in quanto si tratta di un principio generale del diritto comunitario, principio immediatamente operante negli ambiti nazionali, come emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia CE⁽⁷²⁾. Perciò, nelle ipotesi in cui il diritto comunitario investe profili penalistici, la retroattività in questione risulta addirittura prevenuta, il divieto di retroattività trovando immediata applicazione giudiziale. F. questa mi pare una soluzione più ragionevole, che può trovare fondamento nel principio internazionalista che la stessa nostra Costituzione contempla (artt. 10 e 11), una soluzione da estendere all'intero giure penale nazionale, se non altro per elementari, ragionevoli

(69) V., anche per quanto segue nel testo, RIONATO, *Competenza*, cit., 170 ss., 72 ss.

(70) Cfr., per le affermazioni di principio, le seguenti decisioni della C. eur. dir. uomo: 15 novembre 1996, Cantoni, in *Guida al dir.*, 1997, n. 20, 97; 22 novembre 1995, S.W e C.R./ Regno Unito, in *Publications Cour eur. dr. homme*, Série A, vol. 335, risp. 41 s. e 68 s.; 25 maggio 1993, Kokkinakis, *ibid.*, vol. 260, 19 e 22.

(71) V. p. es. le decisioni della Commissione dir. uomo 3 dicembre 1993 e 20 gennaio 1994, in *Oest. JZ*, 1994, risp. 529 e 556.

Diverso è il principio di preferenza, in caso di ambiguità, dell'interpretazione più favorevole (che riguarda già interpretazioni sincroniche), il quale trova previsione nell'art. 22, co.2, dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, aperto alla firma degli Stati.

(72) Per tutte, CGCE, 10 luglio 1984, 63/83, Regina/Kirk, in *Raccolta*, 1984, 2689. Si noti, peraltro, che la giurisprudenza italiana è ormai giunta ad attribuire il carattere *self-executing* alle disposizioni della Convenzione; v. al riguardo, di recente, Cass. civ., sez. I, 8 luglio 1998, n. 6672, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 1380, con commento di A. MARZANATI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno*; Cass. pen., sez. I, 12 maggio 1993, Medrano, in *Cass. pen.*, 1994, 439 con commento di G. RAIMONDI, *Un nuovo status nell'ordinamento italiano per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

esigenze di uguaglianza, che si oppongono ad ingiustificate discriminazioni c.d. alla rovescia⁽⁷²⁾.

7. Conclusioni

Un «insuccesso» del principio di irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole rischia a mio avviso di perpetuare il paradosso per cui il formalismo giuridico, il c.d. legalismo, in Italia originariamente ispirato da incensurabili esigenze garantiste, può condurre a costruire ostacoli all'applicazione della Costituzione e di fondamentali principi internazionalistici che sanciscono essenziali diritti dell'individuo⁽⁷³⁾.

L'irretroattività del nuovo significato della legge è uno strumento di controllo eudo-giudiziale sul potere giudiziale, che attiva un processo di autocritica in funzione di auto prevenzione. Quest'ultima è ormai così tanto trascurata per effetto della deresponsabilizzazione legalistica, che ormai soltanto nuovi controlli extra-giudiziali sui giudici sono ipotizzati⁽⁷⁴⁾. Ma il dogma del legalismo è un frutto che cresce ancora troppo rigoglioso in molte ramificazioni del razionalismo critico odierno. Esso limita a priori la materia della scienza penalistica che, invece, dovrebbe ravvivare tra l'altro l'interesse per il problema delle fonti, riconsiderando anzitutto la giurisprudenza, come Nuvolone auspicava già nel '46⁽⁷⁵⁾.

Mi pare opportuno, in conclusione, un richiamo ad uno tra i tanti passi suggestivi e provocatori del «Dialogo sul metodo» di Feyerabend⁽⁷⁶⁾, laddove è affermato che raramente è esistito un movimento così insipido e nello stesso tempo così dogmatico come il razionalismo cosiddetto critico. È vero — viene aggiunto — che i razionalisti critici non uccidono le persone, ma uccidono le loro menti; la loro idea che la scienza proceda tramite falsificazioni, che non è stata una scoperta — perchè molti dall'antichità in poi hanno rilevato l'importanza dei controesempi —, nemmeno è corretta perchè molti mutamenti importanti nella scienza avvengono senza falsifica-

(72) Corte cost., 16 dicembre 1997, n. 443, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, 267.

(73) Sul punto, per tutti, riguardo alla tradizione italiana, G. CONSO, *Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza, neutralità del giurista?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 12. Diversa è la storia tedesca, sulla quale riterisce BARATTA, *Le fonti*, cit., 189.

(74) V., per esempio, R. GUASTINI, in L. SPORTONI (a c. di), *Il diritto*, cit., 88. Sol tanto accenno all'esigenza, più urgente, che l'attenzione si rivolga ai magistrati che si occupano del diritto penale, alla loro formazione ed anche — ma so che su questo tema il clima culturale non è per nulla maturo — all'ipotesi di una loro legittimazione democratica.

(75) NUVOLONE P., *Il momento penale*, in *Archivio pen.*, 1946, vol. II, pt. I, 280.

(76) P. K. FEYERABEND, *Dialogo sul metodo*, Roma Bari (Laterza), 1989, 139. Quanto segue nel testo mi pare sia un principio di risposta degno di considerazione, al quesito posto, tra altri di massima importanza, da M. JORI, *Controllo di razionalità e scienza del diritto penale*, in *Diritto penale, controllo di razionalità e garanzie del cittadino*, XX Congr. Soc. It. Fil. Giur. e Pol., Verona 3-5 ott. 1996, Padova, s.d. ma 1996, 51.

zioni di nessun genere. Insomma, la falsificazione sarà pur valida come regola empirica, ma è scadente come condizione della razionalità scientifica. Essa, comunque, in materia giuridica, e penale in specie, dovrebbe quanto meno proporsi come «falsificazione» (soltanto) *ex nunc*⁽⁷⁸⁾. Il che già per parte sua suggerisce di estendere agli esiti interpretativi giurisprudenziali le garanzie penalistiche tradizionalmente ancorate soltanto alla legge.

(78) Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, 6: «Nel nostro campo, la «falsificazione» opera *ex nunc* ed anzi può dirsi provvisoria ...».