CONOSCIBILITÀ DEL DIRITTO E COSTRUZIONE DEL PRECEDENTE

DIRITTO E PROCESSO PENALE TRA MASSIMARIO, DOTTRINA E PRASSI

a cura di

Massimo Donini - Roberto E. Kostoris - Renzo Orlandi

JOVENE

CONOSCIBILITÀ DEL DIRITTO
E COSTRUZIONE DEL PRECEDENTE

DIRITTO E PROCESSO PENALE
TRA MASSIMARIO, DOTTRINA E PRASSI

CONOSCIBILITÀ DEL DIRITTO E COSTRUZIONE DEL PRECEDENTE

DIRITTO E PROCESSO PENALE TRA MASSIMARIO, DOTTRINA E PRASSI

a cura di

Massimo Donini - Roberto E. Kostoris - Renzo Orlandi

JOVENE

Opera pubblicata con il contributo dell'Università degli Studi di Padova.

Il volume è parte integrante del progetto di ricerca di rilevante interesse nazionale (PRIN) 2017 "Massimario penale e conoscibilità del diritto: la costruzione del precedente nello spazio giuridico europeo", il quale vede coinvolte le Unità di ricerca delle Università degli Studi di Roma "Sapienza", Padova, Bologna e Ferrara.

I curatori ringraziano sentitamente il Dott. Marco Edgardo Florio per l'infaticabile impegno redazionale, di revisione, riordino e uniformazione complessiva dei contributi pervenuti.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2025

ISBN 9788824329323

JOVENE EDITORE
Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

Prefazione di Massimo Donini ..... p. VII

DOCUMENTI PREPARATORI AGLI INCONTRI

Massimo Donini
Documento preparatorio dell'Università di Roma "Sapienza" ..... » 3

Renzo Orlandi
Documento preparatorio dell'Università degli Studi di Bologna ..... » 11

Roberto E. Kostoris
Documento preparatorio dell'Università degli Studi di Padova ..... » 21

INTERVENGONO MAGISTRATURA, AVVOCATURA E ACCADEMIA

Roberto Bartoli
I vincoli del giudice alla legalità e i principi a governo delle dinamiche interpretative ..... » 29

Sergio Beltrani
Le conseguenze sfavorevoli dei mutamenti di interpretazioni giurisprudenziali consolidate: un falso problema ..... » 69

Alberto Cadoppi
Riflessioni sulla corretta gestione della c.d. "criminalizzazione giurisprudenziale" ..... » 79

Margherita Cassano
Nuova dimensione della legalità e attività interpretativa ..... » 87

Gaetano De Amicis
Principi di diritto, massime e prevedibilità delle decisioni. La Corte di Cassazione tra stabilità e mutamento ..... » 105

Emanuele Fragasso
Le "massime" fra la legge ed il giudizio ..... » 157

Paola Maggio
L'uso argomentativo dei precedenti nella dimensione multilivello ..... » 175

Fabio Pinelli
Intervento ..... » 217

GIOVANNI PITRUZZELLA
La discrezionalità giudiziaria e i suoi limiti ..... p. 225

GUIDO RAIMONDI
Intervento ..... » 231

FRANCESCO VIGANÒ
Discrezionalità interpretativa del giudice e valore dei precedenti ..... » 237

MASSIMO VOGLIOTTI
Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea. Contrasti diacronici e sincronici di giurisprudenza, cultura del precedente ed etica del limite ..... » 245

INTERVENGONO GLI AUTORI

ROBERTA APRATI
Stabilità e mutamento del diritto giurisprudenziale: alla ricerca di un giusto equilibrio ..... » 285

FRANCESCO MARIA DAMOSSO
Statutory Precedents. Misura del vincolo e parametri di legittimazione della decisione giudiziaria nel diritto anglo-americano ..... » 303

SILVIA DE BLASIS
La conoscibilità del diritto tra ritorno alla fattispecie e regolamentazione della giurisprudenza ..... » 319

ANDREA GALANTE
Legalità penale e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli: il divieto costituzionale di retroattività della legge così come interpretata dalle Sezioni unite *ex* art. 618, co. 1-*bis*, c.p.p. ..... » 339

ANTONELLA MASSARO
Calcolabilità della norma penale e gestione normativa dei mutamenti giurisprudenziali ..... » 367

SARA PAIUSCO
Principio di prevedibilità e diritto giurisprudenziale penale ..... » 393

LUCA PASSANANTE
Massima, precedente e *ratio decidendi* ..... » 415

DARIA PERRONE
Osservazioni in tema di imprevedibilità interpretativa: eziologia del fenomeno e possibili criteri di gestione ..... » 431

ALESSANDRA SANTANGELO
La prevedibilità del divieto tra *common law* e *civil law*. Quale direzione per la "nuova" legalità penale? ..... » 453

Notizie sugli autori ..... » 469

ALESSANDRA SANTANGELO

LA PREVEDIBILITÀ DEL DIVIETO *TRA COMMON LAW E CIVIL LAW*. QUALE DIREZIONE PER LA "NUOVA" LEGALITÀ PENALE?

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale nella più recente esperienza di *common law*. – 3. La cultura del precedente: caratteri e contraddizioni. – 3.1. Il mutamento interpretativo e i suoi correttivi in prospettiva diacronica. – 3.2. La funzione nomofilattica "rinnovata" e il ruolo delle Sezioni Unite in caso di *overruling*. – 4. Prevedibilità e interpretazione: un cantiere aperto. 4.1. Verso una deontologia ermeneutica a carattere prescrittivo. – 4.2. *In dubio pro reo*: dubbi ragionevoli e canoni interpretativi sostanziali.

1. *Premessa*

La crisi della concezione tradizionale del *nullum crimen* ha raggiunto, oramai, uno stadio conclamato e permanente, avviando una fase di transizione che lascia dietro di sé cumuli di macerie e impone al dibattito dottrinale nazionale di interrogarsi sui caratteri e sui limiti della "nuova" legalità penale[1]. Non è possibile tralasciare, del resto, gli effetti negativi derivanti da un diritto penale "massimo"[2], che ha anestetizzato la frammentarietà dell'intervento punitivo attraverso il dilagare incessante di norme incriminatrici "*catch all*". L'ipertrofia del diritto penale ha reso, peraltro, estremamente arduo riconoscere i confini delle norme incriminatrici, esposte a svariati fattori di incertezza che attengono tanto alla qualità della formulazione legislativa quanto agli eccessi nelle scelte di tutela a carattere sostanziale (*overcriminalization*). Approfittando della debolezza del tipo, non sono rari i casi in cui l'azione penale ha subito in-

[1] F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, 1249 ss.; R. BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche e giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *Sistema penale*, 28 giugno 2022, 1 ss.

[2] N. MAZZACUVA, *Il diritto penale «massimo» tra incremento dei tipi punitivi e «addizioni» giurisprudenziali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Dike, 2017, 311 ss.

neschi impropri (*overprosecution*), funzionali a promuovere un modello di vera e propria supplenza giudiziaria tollerante nei confronti del c.d. "giudice di scopo", che pur è stato radicalmente bandito dalla più recente giurisprudenza costituzionale [C. cost., ord. 26.1.2017 n. 24]. La dimensione punitiva, del resto, ha continuato a incespicare in prospettiva sanzionatoria in una serie di derive difficili da contenere[3], come se la pena rappresentasse l'unico rimedio in grado di placare continui picchi di allarme sociale (*oversentencing*).

Così, accerchiato da una cospicua serie di fattori endogeni ed esogeni, l'ideale "legalistico" che per lungo tempo ha preservato la sfera penale dal dilagare di preoccupanti fenomeni patologici[4] ha ceduto il passo all'epoca del diritto giurisprudenziale[5], in cui è il giudice a doversi orientare in un ordinamento plurale e multilivello che amplifica le incertezze specialmente sul fronte ermeneutico[6]. In tale contesto, nondimeno, è ampiamente diffusa una maggiore consapevolezza sul ruolo conformativo dell'interpretazione, spesso gravata di responsabilità eccentriche rispetto al riparto stabilito dalla divisione costituzionale dei poteri. Il formante giurisprudenziale, in particolare, è stato «spint[o] a uscire dal terreno del controllo […] per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale»[7].

Pertanto, se la dimensione punitiva è incentrata sul diritto vivente, sembra utile riprendere in prospettiva comparata alcuni degli istituti che hanno dimostrato nel paradigma di *common law* un più alto grado di effettività nella regolazione del formante giurisprudenziale. S'intende, in particolare, proseguire nella ricerca avviata da precursori studi penalistici[8], nel tentativo di identificare alcuni aspetti della "cultura del precedente" che possano essere d'ausilio per rafforzare la prevedibilità della qualificazione giuridica dei fatti di reato[9].

---

[3] F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, *passim*.

[4] G. Amarelli, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen*., 1, 2014, 405.

[5] G. Fiandaca, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 92.

[6] V. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, *passim*.

[7] M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi*, 8 agosto 2007, 3824.

[8] A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Giappichelli, 1999, 2014, *passim*.

[9] M. Donini, *Fattispecie o* case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2018, in ptc. 85.

Per raggiungere un simile obiettivo, non sembra possibile condurre l'analisi nella sola direzione istituzionale, considerando il ruolo del diritto vivente – e in particolare delle Corti di vertice – nell'assicurare «l'uniforme interpretazione della legge». Piuttosto, occorre approfondire, in parallelo, lo studio della dimensione ermeneutica e degli strumenti impiegati per ordinare la fase interpretativa, saggiando le conseguenze normative che discenderebbero dall'istaurarsi di una deontologia ermeneutica a carattere prescrittivo[10]. In questa prospettiva, le questioni da affrontare sono naturalmente sterminate; per tentare di fornire qualche indicazione utile, in questa sede, sembra opportuno concentrare la trattazione sugli strumenti di regolazione del mutamento interpretativo diacronico – in relazione al modello c.d. "puro" di *common law* e alle rilevanti evoluzioni emerse nell'ordinamento statunitense – da esaminare in uno con i presidi tesi a difendere il *rule of law* nella fase interpretativa, vagliando, più nel dettaglio, il contributo dei canoni ermeneutici alla riconoscibilità delle norme incriminatrici e alla certezza dell'intervento penale.

2. *Il rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale nella più recente esperienza di* common law

Con riguardo al modello di *common law*, sembra anzitutto utile soffermarsi sulla possibilità che la fonte scritta e il formante giurisprudenziale "convivano", dando conto di un tracciato evolutivo che ha avvicinato gli ordinamenti basati sullo *stare decisis* al paradigma continentale. Uno dei riflessi più immediati del graduale processo di c.d. "*statutorification*" coincide, infatti, con la progressiva sovrapposizione tra diritto positivo e diritto giurisprudenziale. È ben noto che, secondo la dottrina britannica tradizionale, il diritto positivo e il diritto giurisprudenziale rappresentavano "acqua e olio", due sostanze impossibili da mescere[11]. Ne conseguiva l'innegabile primazia del diritto positivo quale diretta promanazione della divisione tra poteri che fondava, quanto meno nella sua accezione formale, il *rule of law*[12]. D'altra parte, si osserva, è strutturalmente impossibile applicare la dottrina dello *strict constructivism* al di-

[10] V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen*., 6, 2018, 2225.

[11] J. Beatson, *The Role of Statute in the Development of Common Law Doctrine*, in *L. Quart. Rev.*, 117, 2001, 47.

[12] J. Raz, *The Rule of Law and its Virtue*, in *L. Quart. Rev*., 1977, 195.

ritto giurisprudenziale, attesa la narrazione discorsiva che alimenta le singole *opinion*[13]. Eppure, il diritto vivente ha escogitato una strategia piuttosto efficace per preservare la propria centralità anche in un paradigma leggi-centrico: valorizzando la funzione di intermediario nell'interpretazione degli statuti, infatti, il diritto giurisprudenziale ha conservato un ruolo essenziale, rendendo impossibile eliminare il *common law* se non rinunciando alla stessa applicazione delle norme parlamentari. Di qui, la suggestiva immagine di Gerald J. Postema secondo cui il diritto statutario rappresenta un'"isola" anzi, meglio, un "arcipelago" che riposa nel mare della giurisprudenza[14].

Tanto premesso, non si può certo ignorare l'indubbia preferenza che, negli ultimi anni, si riscontra nella materia penale per il diritto positivo: considerando la necessità di assicurare al destinatario del comando normativo elevati standard di conoscibilità delle norme incriminatrici (*fair warning*) e, al contempo, le esigenze di matrice politica che impongono di orientare le scelte di criminalizzazione al principio democratico[15], si rinviene nel paradigma di *common law* un netto favore per il diritto scritto, anche grazie all'opera di razionalizzazione condotta, rispettivamente, dalla *Law Commission* e dall'*American Law Institute*. Sul punto, un esempio emblematico si ritrova nella vicenda giudiziaria che ha interessato il reato *judge-made* di *juror contempt of court* rispetto cui, a fronte del monito di indeterminatezza proveniente – per l'appunto – dalla *Law Commission*, e nonostante la fattispecie giurisprudenziale fosse stata giudicata prevedibile dalla Corte di Strasburgo [C. EDU, Sez. I, 11.2.2016, *Dallas c. Regno Unito*], il Parlamento inglese è prontamente intervenuto integrando il *Juries Act* del 1974 e codificando il reato di origine giurisprudenziale per sanarne l'eccessiva ambiguità.

Attraverso la tendenza a una reciproca "*cross-fertilization*", il diritto *judge-made* approda nella contemporaneità in una forma rinnovata ma imprescindibile per ricostruire il perimetro e, quindi, la legittimità delle scelte di incriminazione[16]. L'entrata in vigore della disposizione statutaria, tuttavia, non impedisce in termini assoluti l'applicazione del reato giurisprudenziale[17]: non si può escludere che alcune sottofattispecie pe-

---

[13] Z. Bankowski, D.N. MacCormick e G. Marshall, *Precedent in the United Kingdom*, in D.N. MacCormick e R.S. Summers (a cura di), *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, 1997, 319.

[14] Id., *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford University Press, 2019, 39 ss.

[15] A. Ashworth, *Positive Obbligations in Criminal Law*, Hart Publishing, 2015, *passim*.

[16] J. Beatson, *The Role*, cit., 253.

[17] M. Radin, *Statutory Interpretation*, in *Harv. L. Rev*., 1930, 863.

nalmente rilevanti per il *common law* manchino di essere ricomprese nello statuto o, più precisamente, nell'interpretazione *narrow* cui è chiamato il giudice penale. Resta, pertanto, possibile continuare ad applicare la *ratio decidendi* dei precedenti che non siano stati espressamente superati dalla legge, alimentando oltremodo le difficoltà nel ricostruire i confini applicativi delle singole norme incriminatrici.

3. *La "cultura del precedente": caratteri e contraddizioni*

Non potendo in questa sede neppure fare cenno alla ricerca metodologica che giustifica la comparazione tra i due modelli[18], ci si limita a considerare che nella dottrina nazionale trova oramai una certa eco la possibilità di ricavare dall'esperienza di *common law* indicazioni preziose sui limiti e sulla funzione del diritto giurisprudenziale in riferimento non tanto allo *stare decisis* quanto alle caratteristiche che connotano la c.d. cultura del precedente quale «cultura del limite al potere del (singolo) giudice»[19].

È in questa prospettiva, allora, che s'intende esaminare più nel dettaglio le strategie a disposizione del giudice penale per controllare il mutamento interpretativo così da bilanciare, da un lato, l'esigenza di certezza e, dall'altro, il progredire del diritto punitivo.

3.1. *Il mutamento interpretativo e i suoi correttivi in prospettiva diacronica*

Concentrando l'analisi sul problema del mutamento interpretativo diacronico, occorre anzitutto premettere che l'*overruling*, nel modello di *common law*, è descritto come un vero e proprio *shock* del sistema a cui non è possibile rinunciare [*R v Lambert* (2001) UKHL 37]. I casi di *overruling*, infatti, sono piuttosto rari e – specialmente in caso di effetti sfavorevoli per il reo – impongono una motivazione rafforzata che dia conto dell'esito di un delicato bilanciamento tra interessi contrapposti. Nel tradizionale dilemma tra diritto consolidato (*settled*) e ricerca della soluzione giusta a seconda del contesto sociopolitico di riferimento (*right*)[20],

---

[18] A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, 2018, *passim*; R.C. Van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, trad. E. Bertucci, Il Mulino, 2003, *passim*.

[19] F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni e L. Risicato (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, ESI, 2016, 254.

[20] R.J. Kozel, *Settled Versus Right. A theory of Precedent*, Cambridge University Press, 2017, *passim*.

desta interesse il test elaborato dalla Corte di vertice inglese allorché si renda necessario superare un dato precedente.

Non basta la certezza sul carattere erroneo o anacronistico del diritto giurisprudenziale vincolante al tempo del fatto; occorre, piuttosto, che il collegio valuti espressamente l'opportunità della modifica normativa in prospettiva individual-garantistica e di sistema. Più nel dettaglio, prima di capovolgere un certo principio di diritto, i giudici di ultima istanza devono sempre compiere una valutazione di opportunità che tenga conto dell'affidamento legittimamente riposto dall'imputato sulla stabilità dell'indirizzo interpretativo controverso e, al pari, sul momento in cui disporre l'*overruling*. Sussiste, del resto, un vero e proprio divieto di modificare il precedente qualora la regola di diritto sia dibattuta innanzi alle camere del parlamento oppure si tratti di un orientamento recente, ancor più se frutto dell'approvazione di una nuova disposizione statutaria. Seppur in mancanza di specifiche sanzioni, alla puntuale giustificazione del mutamento interpretativo è attribuita una rilevanza centrale: la stessa autorevolezza del collegio rischierebbe di incrinarsi laddove il giudice penale mancasse di adoperare tali cautele nel procedere a *overruling*[21]. D'altra parte, non mancano riflessioni sulla possibilità di ulteriormente contenere i casi di *overruling* imponendo più elevate soglie di consenso all'interno dell'organo collegiale, così da implementare la tenuta del precedente e la stabilità di indirizzi diffusi e ampiamente condivisi[22].

Procedendo con l'analisi degli strumenti a disposizione del giudice di *common law* per mitigare gli effetti del nuovo orientamento ermeneutico, sembra utile soffermarsi sulla tecnica del c.d. *anticipatory overruling*. Sebbene solo le giurisdizioni di vertice abbiano il potere di superare i propri precedenti «when it appears right to do so»[23], i tribunali inferiori argomentano spesso in senso contrario al diritto consolidato in sentenze destinate ad avere vita breve e a essere riformate in appello. L'obiettivo è agevolare la massima circolazione degli argomenti posti a fondamento del *revirement* ermeneutico, incalzando le Corti superiori a valutare la sussistenza di quella giustificazione speciale ("*special justification*") indispensabile per superare il precedente indirizzo interpretativo.

---

[21] Con particolare riguardo alla composizione del collegio e alle relative distribuzioni dei voti, BRENNER-SPAETH, Stare Indecisis. *The Alteration of Precedent on the Supreme Court*, Cambridge University Press, 1995, 43.

[22] R.J. KOZEL, *Settled Versus Right*, cit., 144.

[23] *House of Lords, Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234.

In una direzione simile, d'altronde, muovono le ipotesi di *overruling* "dichiarato ma non applicato". Nelle fasi che anticipano il mutamento interpretativo, infatti, non mancano decisioni – anche pronunciate dai tribunali di ultima istanza – che riconoscono il carattere erroneo del precedente o espressamente rinvengono la necessità di rinnovare in tempi brevi un determinato principio di diritto, astenendosi però dall'impiegare il *novum* nel caso controverso per il prevalere, nella ponderazione di interessi contrapposti appena illustrata, della soluzione "consolidata" su quella "giusta". Solo si pensi alla vicenda giudiziaria che ha interessato le ipotesi di *joint enterprise* nel passaggio da un orientamento fortemente incentrato sulla prospettiva oggettiva[24] alla contrapposta valorizzazione del principio di colpevolezza in chiave di ridimensionamento *in action* del novero delle sottofattispecie penalmente rilevanti [*R v Jogee and Ruddock v The Queen* [2016] UKSC 8].

Un ultimo brevissimo cenno è da riservare al tema del *prospective overruling*[25]. Non si vuol certo negare che l'applicazione solo *pro futuro* del nuovo indirizzo interpretativo, specie se con effetti *in malam partem*, risolva gran parte dei problemi sul piano individual-garantistico agevolando, almeno sulla carta, la riconoscibilità dei fatti penalmente rilevanti e contrastando l'esercizio arbitrario della leva penale quale intervento "a sorpresa" di provvedimenti afflittivi[26].

Ciò nondimeno, non è da tralasciare il dibattito piuttosto avanzato che è stato condotto sul punto dalla dottrina penalistica di *common law*. Il potere di modulare nel tempo gli effetti della propria decisione, si osserva, è uno degli aspetti che maggiormente identificano le scelte di opportunità riservate, nella dimensione penale, al legislatore in ossequio al principio democratico e nel rispetto del *rule of law*[27]. Qualora, invece, si consentisse al giudice di valutare, secondo la propria discrezionalità, i casi in cui separare il principio di diritto dalla soluzione della questione controversa e proiettare esclusivamente nel futuro gli effetti di una determinata decisione – peraltro enfatizzando le potenzialità di generalizzazione del precedente – è quantomeno dubbio che rimangano profili sufficienti per distinguere, sul piano dei poteri e delle funzioni loro attri-

---

[24] J. Smith, *Criminal liability of accessories: Law and Reforms*. in *L. Quart. Rev*., 1977, 113.

[25] S.J. Hammer, *Retroactivity and Restraint: An Anglo-American Comparison*, in *Harv. J. Law & Pub. Pol.*, 41, 2018, 409.

[26] D. Husak, *The Philosophy of Criminal Law. Selected Essays*, Oxford University Press, 2010, 263.

[27] P. Delvin, *The Judge*, Oxford University Press, 1979, 14.

buite, tra fonte scritta e formante giurisprudenziale con il pericolo che i due criptotipi finiscano per confondersi[28].

3.2. *La funzione nomofilattica "rinnovata" e il ruolo delle Sezioni Unite in caso di* overruling

Senza pretesa di esaustività, sembra opportuno premettere una considerazione generale nel tentativo di trarre dall'analisi comparata qualche indicazione di sistema in punto di mutamento interpretativo diacronico. La funzione nomofilattica "rafforzata" che, all'indomani della c.d. riforma Orlando, è stata affidata alle Sezioni Unite penali della Corte di cassazione sembra avvicinare il ruolo assegnato al giudice di legittimità a quello svolto dalle Corti supreme di *common law*, incoraggiando lo sviluppo di ulteriori riflessioni sui principali aspetti della "cultura del precedente" che dovrebbero accompagnare una simile transizione[29]. Si scorge, infatti, nel nuovo assetto ordinamentale uno spiraglio di particolare rilievo rispetto all'ambizioso obiettivo di elaborare principi di diritto razionali e coerenti[30], ragionevolmente prevedibili per il destinatario del precetto penale[31].

Per reagire all'"assedio" che affanna il giudice di legittimità[32], è indispensabile valorizzare la funzione assegnata alle Sezioni Unite *ex* art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., allo scopo di rafforzare il fronte del c.d. *ius constitutionis* e preservare l'ultimo baluardo posto a tutela della uniformità e razionalità del diritto[33]. Con particolare riguardo al mutamento interpretativo, dunque, nel rinnovato assetto giurisdizionale il giudice penale di ultima istanza ben potrebbe impegnarsi in una motivazione rafforzata, impiegando argomenti affini all'accertamento della *special justification*

---

[28] N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, *passim*.

[29] A. Cadoppi, *Il valore del precedente*, cit., 222, 229.

[30] G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubb.*, 1, 2017, 23 ss.

[31] G. Caruso, voce *Prevedibilità e legalità (nel diritto penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. XI, 2021, 539.

[32] E. Lupo, *La Corte assediata*, in Aa.Vv., *La Corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Giuffrè, 2014, 10.

[33] R. Orlandi, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, 2600; sul punto, invero, si è puntualmente osservato che «[i]l problema non è quello di scegliere tra un modello di Corte Suprema ed un modello di Corte di terza istanza, dal momento che la legge e la Costituzione indicano una duplice funzione della Cassazione, ma piuttosto quello di garantire un equilibrato rapporto tra le due "funzioni"»: G. Fidelbo, *Sezioni semplici e Sezioni unite fra legge e precedente*, in A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione e legalità*, cit., 134.

che legittima la modifica ermeneutica nel modello di *common law*. In altre parole, sarebbe utile adottare lo standard argomentativo impiegato dalle Corti supreme per contenere le ipotesi di *overruling*, saggiando non solo la correttezza del nuovo indirizzo ermeneutico bensì, pure, la sua opportunità in un dato contesto temporale, alla luce dell'affidamento riposto su un determinato principio di diritto dal destinatario del divieto e dalla comunità di riferimento. La stabilità del principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite, allora, sarebbe ulteriormente rafforzata da un ragionamento di tipo discorsivo complesso, scandito in una pluralità di passaggi progressivi che implementano il grado di trasparenza del giudizio, facilitano il controllo sulle pronunce di ultima istanza e consolidano il senso di responsabilità del collegio di vertice, chiamato a un particolare sforzo in termini di autorevolezza e persuasività – nel tempo – delle proprie decisioni[34].

Non si tratta di rivedere – ancora una volta – l'assetto funzionale o la distribuzione di poteri interna all'ordinamento giudiziario; piuttosto, la particolare motivazione rafforzata della sentenza che dispone l'*overruling*, specialmente se con effetti *in malam partem*[35], sarebbe espressione di un sostrato culturale condiviso, che pone al centro il rispetto della dignità della persona e dei limiti imposti alla sfera punitiva nell'articolato equilibrio tra i diversi poteri costituzionali.

4. *Prevedibilità e interpretazione: un cantiere aperto*

Nel contesto di una "nuova" legalità penale che assiste a un progressivo "ritorno al diritto"[36], non sembra sufficiente, come anticipato in apertura, concentrare l'analisi sulla funzione nomofilattica affidata alle Corti di vertice. Pare, altresì, indispensabile condurre uno studio parallelo sugli aspetti che riguardano il "foro interno" del giudice, atteso che solo una particolare attenzione alla fase interpretativa evita che si cristallizzino nel tempo soluzioni stabili ma sbagliate[37].

---

[34] G. Canzio, *Il dialogo fra le Corti e le prassi applicative*, in *Ars interpretandi*, 1, 2020, 91, ricordando l'importanza di condividere a livello europeo «[l]'approfondimento dei meccanismi di funzionamento *in action* delle giurisdizioni e delle *best practices* processuali, nonché [l]'analisi dei registri del linguaggio, del ragionamento giuridico e dello stile delle motivazioni nei più rilevanti arresti delle Corti, interne e sovranazionali».

[35] D. Perrone, Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* in malam partem *e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, 2019, 237 ss.

[36] P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, *passim*.

[37] F. Palazzo, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 3, 2020, 1255.

Coltivando l'analisi – ancora una volta – in prospettiva comparata, desta interesse il dibattito di recente divampato nei sistemi di *common law* sull'impiego dei canoni interpretativi, specie se a carattere sostanziale. Nel valorizzare – almeno in parte – il lascito testualista di Justice Scalia[38], la dottrina penalistica ha sviluppato una rilevante discussione sulle meta-regole interpretative che consentono al giudice penale di orientarsi tra le strettoie ermeneutiche e individuare la soluzione ragionevolmente prevedibile del caso controverso, in ossequio ai principi di *due process* e al *rule of law*[39]. Ebbene, un simile dibattito appare quanto mai prezioso nel contesto europeo: sull'onda della graduale *common law-isation* della materia penale[40], non si possono certo ignorare i correttivi ermeneutici che controbilanciano il potere conformativo dell'interprete, al fine di contenere il rischio di esercizi arbitrari – *in action* – dell'azione punitiva.

4.1. *Verso una deontologia ermeneutica a carattere prescrittivo*

Prendendo le mosse dal cosiddetto "modello puro" di *common law*, è ben nota la costruzione gerarchica che plasma la c.d. *Golden Rule*. Il diritto penale britannico, in particolare, riconosce una spiccata preferenza per il significato ordinario della previsione incriminatrice (*plain meaning*)[41], da individuare attraverso l'impiego di argomenti semantico-letterali[42]. La tecnica testualistica è intesa – anche oltremanica – come la migliore garanzia per il rispetto della divisione tra poteri e dello stesso *rule of law*[43]: privilegiando il significato ordinario della disposizione, il potere giudiziario evita di intromettersi nelle scelte di opportunità compiute dal parlamento e, peraltro, consente al cittadino di identificare più agevolmente il comportamento sanzionato (auto)determinandosi di conseguenza[44].

Un'indicazione, quindi, tutt'altro che eccentrica rispetto all'impostazione dei penalisti continentali. La stessa Corte costituzionale italiana, è

---

[38] Su cui, di recente, A. Portonera, *Antonin Scalia*, IBL, 2022.

[39] A.S. Krishnakumar, V.F. Nourse, *The Canon Wars*, in *Tex. L. Rev*., 2018, 187 ss.; A.R. Gluck, R.A. Posner, *Statutory Interpretation on the Bench: a Survey of Forty-Two Judges on the Federal Courts of Appeal*, in *Harv. L. Rev.*, 5, 2018, 1345.

[40] V. Manes, "Common law-isation *del diritto penale"? Trasformazioni del* nullum crimen *e sfide prossime future*, in *Cass. pen*., 3, 2017, 955 ss.; G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, 2022, 68.

[41] D.N. Maccormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, 203 ss.

[42] R. Cross, *Statutory Interpretation*, Butterworths, 1976, 29.

[43] F. Bennion, *Statutory Interpretation*, Butterworths, 1992, 378.

[44] J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, 270 ss.

ben noto, ha – ormai in termini consolidati – affermato che «nella prospettiva culturale nel cui seno è germogliato lo stesso principio di legalità in materia penale, è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»[45]. Allontanato il "demone dell'analogia" dalla dimensione punitiva[46], occorre che i singoli precetti istaurino una sorta di "comunicazione diretta" con i propri destinatari, implementando il grado di prevedibilità dell'intervento punitivo[47].

Eppure, nonostante il punto di partenza affine, il compito dell'interprete diverge poi in termini significativi a seconda che si tratti del paradigma di *common law* o *civil law*. Il giudice nazionale, infatti, può discrezionalmente attingere a una pluralità di tecniche argomentative ogni qual volta l'argomento letterale non sia di per sé in grado di risolvere la questione interpretativa. Gli argomenti di segno correttivo attingono a un novero consistente di parametri diversi tra loro[48] e perseguono finalità talvolta contrapposte, oscurando in maniera preoccupante aspetti decisivi del percorso ermeneutico[49]. Detto altrimenti, chiarita la supremazia del significato ordinario del precetto, mancano ulteriori indicazioni che guidino il giudice penale nella individuazione della classe di casi paradigmatici o centrali rispetto a una specifica norma incriminatrice[50], la cui applicazione possa risultare così ragionevolmente prevedibile.

Al contrario, seguendo le scansioni serrate e razionali della *Golden Rule*, è possibile per il giudice inglese discostarsi dal significato letterale della norma incriminatrice solo qualora questo implichi una *logical*

---

[45] C. cost., 14.5.2021 n. 98, su cui *inter alia* C. Cupelli, *Divieto di analogia* in malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost*., 4, 2021, 1807 ss.

[46] A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, ES, 2020, 397.

[47] V. Maiello, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, ES, 2020, 42.

[48] Con riguardo alla interpretazione logico-correttiva, *inter alia*, R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni (diretto da), P. Schlesinger (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2004, 163 ss., nonché M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 113 anche in relazione allo sviluppo degli argomenti di segno estensivo.

[49] O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006, *passim*.

[50] E. Diciotti, *Interpretazione*, cit., 253.

absurdity. A partire dall'argomento testuale, infatti, si dipana attraverso un ordinato sistema di presunzioni il percorso razionale che l'interprete compie *case-by-case* attingendo ai diversi canoni interpretativi. Nel modello di *common law*, prende forma una deontologia ermeneutica a carattere prescrittivo che non solo rafforza la riconoscibilità delle norme incriminatrici, implementando la trasparenza e, per l'effetto, la fiducia nell'*iter* razionale che ha portato a una determinata soluzione interpretativa; la predeterminazione di un preciso ordine gerarchico di regole sull'interpretazione offre, altresì, al giudice un chiaro riferimento metodologico[51] per assicurare ragionevoli livelli di controllo sulla razionalità dell'interpretazione quale «fulcro dell'intera esperienza giuridica»[52].

Tale tematica, peraltro, acquista ulteriori profili d'interesse nel momento in cui si prenda in considerazione il dibattito promosso di recente nel contesto statunitense sulle nuove frontiere dello *strict constructivism* e, in particolare, sul ruolo centrale dei canoni interpretativi per porre rimedio a svariate patologie del sistema giustizia come si dirà nel paragrafo che segue.

4.2. In dubio pro reo*: dubbi ermeneutici e canoni interpretativi sostanziali*

Nell'ordinamento statunitense, è noto, l'evoluzione della dottrina dello *strict constructivism* ha portato a elaborare – quale diretta promanazione del *rule of law* – una meta-regola ermeneutica che si propone di contrastare fenomeni di rilevante impatto per il corretto andamento del settore della giustizia. La *rule of lenity*, in particolare, mira a ridurre il numero sovrabbondante delle fattispecie incriminatrici (*overcriminalization)* e, al contempo, contenere le storture che conseguono all'avvio dell'azione penale sulla base di presupposti fumosi e arbitrari (*overprosecution*), nonché rimediare alla sproporzione sanzionatoria sempre più diffusa nel senso di una strumentalizzazione dell'individuo per finalità generali (*oversentencing*). Ebbene, detti fenomeni che infettano il sistema giudiziario nordamericano incontrano significative affinità – per quanto qui maggiormente rileva – nell'ordinamento nazionale, come accennato nel paragrafo di apertura. Desta, quindi, particolare interesse approfondire l'analisi della *rule of lenity*, anche considerandone i profili applicativi, allo scopo di esaminare vantaggi e criticità che potrebbero derivare

---

[51] E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, 1999, 339.

[53] E. Musco, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, 2004, 71 ss.

[54] M. Caterini, *Dal* cherry picking *del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol. dir.*, 2, 2019, 327 ss.

dall'introduzione nel sistema costituzionale di una simile regola interpretativa[54].

Una giurisprudenza costante della Corte suprema ha ribadito a livello federale – almeno in prospettiva astratta – che il canone ermeneutico ispirato al *favor liberatis* ha rango costituzionale e, per l'effetto, carattere vincolante in materia penale[54]. Negli ultimi tempi, tuttavia, sono stati riscontrati alcuni ostacoli rispetto all'effettiva applicazione di tale regola, gradualmente relegata a misura di ultima istanza e, quindi, pressoché inutilizzata (*lenity-last*: Justice Kavanaugh in *Wooden v. United States* (2022) 595 US). Ne è derivato il tempestivo intervento di numerosi autori per auspicare un recupero della centralità della *lenity* tra i criteri che orientano l'interpretazione penale nella forma della c.d. *lenity-first*[55].

Seguendo l'accezione forte della *rule of lenity*, ciascun giudice è immediatamente tenuto, qualora riscontri nella norma incriminatrice un dubbio interpretativo ragionevole (*reasonable doubt*: *Lockhart v United States* (2016) 136 S. Ct. 958, 977), ad avviare uno schema argomentativo trasparente che porta a risolvere la controversia in ossequio al *favor libertatis*. Più nel dettaglio, il canone ermeneutico richiede all'interprete di attenersi a una precisa opzione di metodo, eseguendo un test composto da una pluralità di fasi che guidano l'attività interpretativa ogni qual volta la norma incriminatrice non sia identificabile dallo statuto in *unequivocally clear terms*[56]. Individuato l'enunciato ambiguo, la prima fase impone all'interprete di esplicitarne tutti i possibili significati attraverso l'impiego delle differenti tecniche ermeneutiche, facendo vieppiù riferimento ai diversi precedenti intervenuti sul punto. Nella seconda fase, tra le varie opzioni a diposizione – condividendo un approccio moderatamente scettico all'interpretazione[57] – occorre selezionare quella più favorevole al reo, generando attraverso l'impiego della *lenity* effetti positivi almeno in tre direzioni.

Con riguardo al Parlamento, la presa di posizione è anzitutto culturale[58]: in caso di ambiguità nel testo di legge, i giudici di *common law*

---

[54] I.A. Rabb, *Response. The Appellate Rule of Lenity*, in *Harv. L. Rev.*, 8, 2018, 180; A.S. Krishnakumar, *Reconsidering Substantive Canons*, in *U. Chi. L. Rev.*, 2017, 856.

[55] D.S. Romantz, *Reconstructing the Rule of Lenity*, in *Cardozo L. Rev.*, 2018, 523 ss.; S. Hopwood, *Clarity in Criminal Law*, in *Am. Crim. L. Rev.*, 2017, 736 ss.

[56] In senso critico, B.M. Kavanaugh, *Fixing Statutory Interpretation*, in *Harv. L. Rev.*, 2016, 2121.

[57] A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Utet, 2017, in ptc. 425.

[58] R.A. Duff, *The Realm of Criminal Law*, Oxford University Press, 2018, 232 ss.

non possono creare fattispecie incriminatrici che – per richiamare le parole di Filippo Sgubbi – raggiungano una tipicità postuma evitando, così, di diffondere il rischio sociale in prospettiva totalizzante[59]. È necessario, d'altra parte, contenere forme di attivismo esasperato da parte del potere giudiziario, che rischino di atrofizzare la capacità degli altri organi politici e, *in primis*, del legislatore di assumere decisioni in materia penale[60]. L'atteggiamento estremamente cauto che deriva dall'accezione forte della *rule of lenity* riporta le scelte legislative al centro della dimensione punitiva, disincentivando fattispecie che «*cover everything and decide nothing*» e, per contro, incoraggiando maggiore responsabilità innanzi all'elettorato per le decisioni che attengono alla politica criminale[61]. In altri termini, il canone ermeneutico si annovera tra gli strumenti tesi a contrastare il fenomeno del c.d. *legislative deep freeze*, una sorta di congelamento in cui versa il potere legislativo, incapace di assumere decisioni di politica criminale a carattere sistematico e, piuttosto, incline a delegare a terzi le responsabilità che ne derivano sul piano degli equilibri costituzionali e della tutela individuale [*United States v. Santos*, 553 U.S. 507, 509 (2008)].

Quanto al giudice, il canone ermeneutico *lenient* implica un particolare impegno nell'argomentare le pronunce giudiziarie a tutto vantaggio della riconoscibilità del precetto[62] e del tendenziale superamento dei contrasti sincronici, specialmente se inconsapevoli. Qualora si diffondesse l'impiego della dottrina della *lenity-first*, del resto, sarebbe possibile gestire più agevolmente i mutamenti interpretativi diacronici, sfruttando le potenzialità del canone ermeneutico per razionalizzare, nel corso del tempo, il contributo dell'interprete all'evoluzione del diritto punitivo (*retro*, § 2 ss.). Ne deriverebbe, peraltro, una maggior attenzione da parte degli organi inquirenti chiamati a formulare le singole imputazioni solo in presenza di casi paradigmatici o centrali, che possano poi trovare riscontro nel giudizio di merito condizionato dall'applicazione della regola di *favor rei*.

Rispetto al cittadino, infine, si configura la possibilità di credere se non nel buon funzionamento della giustizia penale, quanto meno nella presenza di anticorpi efficaci: l'ordinamento impone al giudice di esplicitare il percorso razionale posto a fondamento di una certa soluzione in-

---

[59] Id., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Il Mulino, 2019, 45 ss.

[60] M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *ED* Ann. IX, 2016, 471.

[61] W.J. Stuntz, *The Patological Politics of Criminal Law*, in *Mitch. L. Rev*., 2001, 509.

[62] O. Di Giovine, *L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano*, in *Ars interpretandi*, 2, 2020, 71.

terpretativa, agevolando il controllo sulla linea di precedenti rilevanti ed, eventualmente, sull'esigenza di un loro superamento nella prospettiva *lenient*.

Ebbene, la *rule of lenity* non promette certo di risolvere in termini assoluti i problemi interpretativi che attengono alla sfera penale, ma offre un metodo ermeneutico che restituisce nella prassi non già un'ostinazione miope nei confronti della soluzione più favorevole al reo bensì i connotati essenziali per la cultura del precedente [*Yates v. United States* 574 US 528 (2015)], salvaguardando il giudice dal dovere di farsi carico di quelle responsabilità che spettano al legislatore[63]. Il successo della *lenity*, del resto, trova conferma nella scelta compiuta da diversi Stati di cristallizzare la regola interpretativa in forma scritta. Laddove il legislatore nazionale si è al contrario orientato nella direzione del *liberal constructivism*, non mancano casi in cui i giudici statali hanno continuato ad applicare il canone favorevole all'imputato per risolvere i "ragionevoli dubbi" sul significato degli enunciati giuridici[64]. In questa prospettiva, occorre mettere in luce che è la giurisprudenza convenzionale [*inter alia*, C. EDU, Sez. III, 24.5.2007, *Dragotoniu e Militaru-Pidhorni c. Romania*, § 40] e costituzionale [C. cost., 2.2.2019, n. 25] ad aver enfatizzato il piano della tassatività-tipicità del comando normativo, esprimendo una spiccata preferenza per allocare sullo Stato – e non sul cittadino – le conseguenze negative di incriminazioni oscure, così da confermare la natura duplice del *nullum crimen* come garanzia ultima non solo dell'autodeterminazione del singolo bensì della stessa divisione tra poteri [già *McBoyle* v. *United States*, 283 U.S. 25, 27 (1931)]. La *rule of lenity* appare, *a fortiori*, come istituto non solo compatibile ma naturalmente congeniale al paradigma dello Stato di diritto su cui è modellato il sistema di *civil law*; ne condivide fondamento e legittimazione, favorendo la coabitazione tra le esigenze di dinamismo e le contrapposte istanze di stabilità della sfera penale.

---

[63] J. Scott, *Codified Canons and the Common Law of Interpretation*, in *Geo. L. J.*, 2010, 356.

[64] Z. Price, *The Rule of Lenity as a Rule of Structure*, in *Fordham L. Rev.*, 72, 2004, 903.