

# Il giudice e la legge penale

di Domenico Pulitanò

Il penalista contemporaneo è impegnato su un duplice fronte: contro vecchie versioni ingenuo o maliziose del mito dell'interpretazione letterale, e contro moderne, ben intenzionate ideologie. Storicamente, il rifiuto del modello del giudice «*bocca della legge*» ha favorito lo smantellamento di aspetti inaccettabili della codificazione fascista e la valorizzazione del *novum* costituzionale. Da respingere è l'idea di un «*giudice di scopo*», che sottende un modello di funzione giudiziaria cui non sono estranei possibili tratti di autoritarismo. Non si può più trascurare il rilievo che assume nel sillogismo giudiziario l'ermeneutica del diritto e del fatto; tuttavia, il modello illuminista è ancora oggi capace di assicurare le irrinunciabili garanzie che competono agli attori coinvolti nel processo penale e, in definitiva, di assicurare la necessaria legittimazione al potere giudiziario.

## 1. Il sistema delle fonti. Il primato della norma generale e astratta

Il rapporto giudice-legge, cui è dedicato il numero monografico di *Questione giustizia* 4/2016<sup>1</sup>, è una questione che riguarda la struttura dell'ordinamento. Se ne discute molto, il linguaggio usato si presta a veicolare significati diversi e prese di posizione ideologiche. È alto il rischio di fraintendimenti<sup>2</sup>: che cosa intende dire chi afferma o nega un ruolo creativo del giudice?

La *teoria formale* del diritto può dire che *la giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana*: ha un suo posto nella costruzione a gradini (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico. Le decisioni giudiziarie (la giurisprudenza) sono un *for-*

*mante* del diritto vivente, dice una descrizione oggettiva di come gli ordinamenti giuridici funzionano.

Il *formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*, dice un'ermeneutica descrittiva di ordinamenti (come il nostro) di *civil law*. In rapporto alla legge, le decisioni giudiziarie pongono problemi di validità o legittimità<sup>3</sup>.

La polemica contro il *creazionismo giurisprudenziale*, condotta da Luigi Ferrajoli, è in difesa di un sistema di fonti del diritto che si fonda sul principio di legalità, sia come riserva di legge, *espressione di un potere democratico*, sia soprattutto come forma di legge generale e astratta: il principio di legalità come «*principio costitutivo della sintassi giuridica dello Stato di diritto, indipendentemente dal livello e dal contenuto delle norme nelle quali essa si articola*»<sup>4</sup>.

1. Questo scritto nasce da una relazione nell'incontro/dibattito organizzato per la presentazione del n. 4/2017 di questa Rivista su *Il giudice e la legge. Il diritto tra norma e interpretazione*, Milano 9 giugno 2017.

2. Lo ha ben rilevato A. Cadoppi, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, Roma 2017, p. 5.

3. L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2015, cap. IV.

4. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa*, in questa Rivista, n. 4/2016, p. 23, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_03.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_03.pdf).

Senza la norma generale e astratta non può esservi certezza del diritto: «nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini»<sup>5</sup>. Persino nel contesto degradato dell'epoca in cui Piero Calamandrei ha scritto la sua professione di fede nel diritto, la norma generale e astratta, forma logica del diritto, con la sua razionalità pur imperfetta (subottimale<sup>6</sup>) può essere considerata «con serio fondamento l'unico argine opponibile» all'arbitrio degli applicatori<sup>7</sup>. La certezza come specifica eticità del diritto<sup>8</sup>, la legalità come garanzia di certezza d'azione.

Riguarda il sistema delle fonti la riaffermazione dei rapporti (e della differenza) fra legislazione e giurisdizione fatta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012<sup>9</sup>: non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 cpp, nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale (decisione delle Sezioni unite) che escluda che un certo tipo di fatto sia previsto come reato. Tale questione era stata sollevata con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2°, 27 comma 3°, 117 comma 1. La sentenza riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza di Strasburgo la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole. Anche l'orientamento delle Sezioni unite ha valore «essenzialmente persuasivo», e può essere disatteso «in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione». Le stesse Sezioni unite possono «trovarsi a dover rivedere le loro posizioni»; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

L'ordinanza di rimessione poneva un problema di uguaglianza di trattamento a fronte di mutamenti correttivi (*in bonam partem*) del diritto vivente in giurisprudenza. Un problema di giustizia, rimasto insoluto. Entro l'orizzonte del principio di legalità interpella il legislatore. Respingendo la pretesa di vincolare il giudice dell'esecuzione al *dictum* reso dalle Sezioni unite in un altro processo, la Corte costituzionale ha difeso la *sintassi giuridica dello stato di diritto*, quella che, nella Costituzione italiana, si esprime nella soggezione del giudice *soltanto alla legge* (art. 101 Cost.) e, con riguardo al diritto penale, in una versione del principio di legalità particolarmente stringente<sup>10</sup> (principio di determinatezza e precisione).

## 2. L'ermeneutica e i fabbricanti di interpretazioni

**2.1.** I discorsi che parlano di creatività del giudice riguardano il problema dell'interpretazione. *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*: è il titolo di un appassionato contributo di un giudice nel fascicolo di *Questione Giustizia*<sup>11</sup>: «il giudice non è un mero linguista. Il predicato di normatività appartiene non al testo ma al suo significato: le norme non sono l'oggetto, ma piuttosto il prodotto dell'interpretazione»; sarebbe dunque «empiricamente falso che il giudice non crei diritto».

Paolo Grossi, grande storico del diritto e critico delle mitologie giuridiche della modernità, in un recente discorso ai giovani magistrati<sup>12</sup> ha parlato di *spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal*

5. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 83-105. Si tratta di una conferenza del gennaio 1940, rimasta a lungo inedita; pubblicata con interventi di G. Zagrebelsky, G. Rescigno, G. Alpa.

6. F. Schauer, *Le regole del gioco*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 166 e *passim*.

7. P. Rescigno, *op. cit.*, pp. 42-43.

8. F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968 (la prima edizione è del 1942).

9. In questa *Rivista* n. 4/2017 è richiamata citata da A. Giunti, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione*, p. 143. Fra i tanti commenti: V. Manes, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.* 2013, pp. 3474 ss.; da V. Napoleoni, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, n. 3-4, pp. 164 ss.; da A. Ruggeri, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la .Corte Edu*, Id. *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum, in *consultaonline*.

10. La sentenza della Corte costituzionale non contraddice la sentenza delle Sezioni unite 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi (in *Cass. Pen.* 2011, pp. 17 ss.) che poco prima aveva affermato la rilevanza del mutamento giurisprudenziale ai fini della riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto: una soluzione ragionevolmente argomentabile alla luce del diritto vigente, in un contesto che non è di *piena equiparazione* tra giurisprudenza e legge, bensì di possibile rilevanza del mutamento di giurisprudenza (*in bonam partem*) sotto uno specifico profilo garantista, alla luce dei principi dell'ordinamento.

11. A. Lamorgese, in questa *Rivista*, n. 4/2016, pp. 115 ss., [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_09.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_09.pdf).

12. Reperibile nel sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

*legislatore all'interprete: il testo non ha una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo nell'interpretazione.* Non fa proprio il linguaggio della creatività, «perché, nella mia visione, il diritto non lo crea a rigore, nemmeno il legislatore, tanto meno il giudice»: il diritto è considerato questione di *inventio*, un cercare per trovar qualcosa. Lo storico del diritto sottolinea «il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità»; guarda con simpatia a «ordinamenti alieni dal concepire il giuridico intrinsecamente vincolato al potere politico». Nell'assegnare un posto di rilievo agli interpreti, e segnatamente al giudice ordinario, specifica che «una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale», avendo in materia penale una peculiare rilevanza la riserva di legge.

Nel mondo dei giuristi italiani (anche dei penalisti) la moderna ermeneutica filosofica è entrata come «una sorta di *koiné* filosofica della cultura contemporanea»<sup>13</sup>; non metodo, ma «riflessione sulle condizioni non epistemologiche dell'epistemologia», «rifiuto di una logica contrappositiva e antagonista tra progetti filosofici e affermazione di una logica di apertura, di dialogo, di mediazione»<sup>14</sup>.

«Quando parliamo di filosofia ermeneutica del diritto, ci riferiamo direttamente ad un'ermeneutica regionale in cui è l'oggetto stesso, o meglio la cosa stessa, a dettare le condizioni per la sua comprensione»<sup>15</sup>. La realtà fa resistenza al possibile arbitrio di interpretazioni che pretendano di negarla: anche con riguardo al diritto, è «fuori discussione che esistono fatti indipendentemente dall'interpretazione», e che vi sono interpretazioni sbagliate. Ma allora «c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione»<sup>16</sup>. L'approccio ermeneutico non è una riduzione dei fatti a interpretazioni, ma un'impresa conoscitiva, nel senso che ha a che fare con la possibile verità nell'interpretazione.

Scandalo dell'ermeneutica, risveglio della coscienza ermeneutica, sono titoli di contributi critici che sostengono l'incompatibilità della prospettiva ermeneutica con la fede nelle moderne divinità protettive: il legislatore razionale, la riserva di legge, la rigida divisione di poteri, la granitica tassatività<sup>17</sup>. Come teorie relative alla comprensione o alla *inventio* del diritto, le teorie ermeneutiche fanno parte della nostra cultura. Non sono teorie sui poteri del giudice. I problemi ermeneutici si pongono negli stessi termini per qualsiasi interprete<sup>18</sup>, non solo per l'interprete "imparziale", sia esso un giudice o un giurista accademico, ma per l'intera comunità interpretante<sup>19</sup>.

*Nomoflachia*, la tradizionale definizione del compito del giudice supremo, sottende un'immagine della funzione di qualsiasi giudice: *custode, non creatore del nomos*.

**2.2.** Nell'Editoriale<sup>20</sup> Renato Rordorf ipotizza che diversità di opinioni e sensibilità possano dipendere «dal punto di osservazione nel quale ciascuno si colloca, a seconda che siano messe a fuoco problematiche proprie del diritto e del processo civile o di quello penale». Le riflessioni che qui propongo, pur riguardanti problemi più generali, hanno come sfondo profili specifici del penale.

Il diritto penale – secondo un approccio (o un linguaggio?) molto radicale – avrebbe la rilevante particolarità di non vivere fuori del processo; i testi di legge sarebbero mere proposte di comportamento, aspettative di norme<sup>21</sup> la cui creazione sarà fatta dal giudice. L'idea che il diritto penale non viva fuori del processo azzera il senso che il diritto penale ha nella vita quotidiana: regola di comportamento che può essere (e deve essere) conosciuta e rispettata. Il diritto che definiamo criminale guardando ai precetti, e penale guardando alle sanzioni, vive innanzi tutto nell'osservanza dei precetti, così come gli altri settori

13. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 82.

14. G. Zaccaria, *op. cit.*, p. VII.

15. F. Viola, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, n.1, p. 63.

16. G. Zaccaria, *Tre osservazioni su New Realism ed Ermeneutica*, in *Ragion pratica*, n. 43 Dicembre 2014, pp. 341 ss.

17. M. Vogliotti, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, p. 9.

18. V. Villa, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 2425; G. Jacobbe, *La giurisprudenza come fonte del diritto?*, in *Iustitia*, 2015, pp. 313 ss.

19. Evocata in questa *Rivista* n. 4/2016 da A. Giusti, *Giurisdizione e interpretazione in Cassazione* p. 141, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_11.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_11.pdf).

20. In questa *Rivista* n. 4/2016, p. 3, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_01.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_01.pdf).

21. M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. Pen. Web*, n. 1-2017, pp. 15, 29.

dell'ordinamento vivono nel dare forma ad attività e rapporti sociali.

È questa l'idea di legalità che ritroviamo nella storica sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988: dichiarazione di illegittimità parziale dell'art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale. In un contesto di *doveri reciproci*, «*lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato*». La riconoscibilità dell'illecito è condizione della soggettiva colpevolezza, «*secondo aspetto del principio di legalità*».

Nel processo penale i problemi (anche) di *interpretazione* vengono discussi da parti (accusa e difesa) portatrici di interessi consistenti e confliggenti; le loro interpretazioni hanno un fine “strategico”, orientato (con piena legittimità) ad un risultato pratico che corrisponda al meglio (nella situazione data) all'interesse della parte, ma nel discorso pubblico accampano pretese di validità obiettiva. Con le loro interpretazioni, le parti apportano materia e argomenti per la formazione del diritto giurisprudenziale.

*Parte imparziale*, viene tradizionalmente definito il pubblico ministero. Appartiene alla magistratura, ma non è giudice (se non in un cattivo linguaggio mediatico). È vincolato a obblighi legali (anche costituzionali: obbligo di esercitare l'azione penale) e ad una deontologia pubblicistica; la sua funzione è orientata al *law enforcement* penalistico. Di fatto, sono interpretazioni e iniziative delle Procure il punto d'avvio della formazione del diritto penale giurisprudenziale: interpretazioni e valori proposti da una funzione che rappresenta il polo “autoritario” della pretesa punitiva. Questo aspetto meriterebbe maggiore attenzione anche in sede teorica, nell'analisi del diritto giurisprudenziale e delle sue diverse voci.

E il difensore? Anche per l'avvocato è stata proposta la formula «*imparziale parzialità*»<sup>22</sup>. La difesa, funzione squisitamente di parte, ha bisogno di una obiettiva *intelligenza dei problemi*, di diritto e di fatto, e della possibilità e capacità di svolgere discorsi che possano trovare consenso e accoglienza da parte di decisori “imparziali”. Sui problemi di diritto il difensore partecipa alla fabbrica delle interpretazioni con pari legittimità e dignità del magistrato del pm.

Giuristi accademici possono ovviamente partecipare al dibattito con piena libertà, anche sostenendo tesi difformi dal *mainstream* giurisprudenziale.

Il rivestire toghe diverse – quella dell'accademico e quella del professionista forense – è un'esperienza che, a confronto con quella dell'accademico puro, può essere più ricca, più informata sugli sfondi pratici delle interpretazioni giuridiche, e può trarre proprio dalla maggiore attenzione agli interessi in gioco la materia di riflessioni rilevanti sul piano delle ragioni del diritto. Il professore avvocato ha la responsabilità di portare l'una e l'altra toga come richiedono le rispettive funzioni e le rispettive etiche. La difesa penale può essere una stimolante occasione d'impegno scientifico ed etico *dalla parte dell'individuo e delle sue libertà*.

**2.3.** La funzione del giudice imparziale, ha scritto Hannah Arendt<sup>23</sup>, è uno fra gli «*importanti modi essenziali di dire la verità*», accanto all'attività del filosofo, dello scienziato, dell'artista, dello storico, di chi indaga sui fatti, del testimone e del cronista. Queste attività hanno a che fare con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali che per la politica rappresentano un limite indisponibile, «*al di là dell'accordo e del consenso*». L'impatto della giurisdizione sulla *polis* si manifesta nell'accertamento e nella qualificazione di fatti concreti.

La giurisdizione è *anche* esercizio di potere. Il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Sta qui la differenza fortissima rispetto agli altri modi di ricerca della verità: i problemi di fondo della giurisdizione hanno a che fare con il suo carattere, ad un tempo, di istituzione di garanzia e istituzione di potere. La *apoliticità* (neutralità politica) della magistratura, iscritta nei principi costituzionali, è un carattere essenziale della funzione, tanto più necessario quanto maggiore la *politicità* intrinseca (nel senso nobile del termine) del compito di imparziale attuazione della legge nel caso concreto.

Anche l'astratta “interpretazione di legge”, quando è operata da un giudice nel processo, si afferma come esercizio di potere. La giurisprudenza ha una responsabilità istituzionale non solo per le applicazioni nei casi singoli (nei quali dovrebbe “fare giustizia” risolvendo conflitti in conformità al diritto) ma anche per la complessiva tenuta della legalità (nomofilachia). Il *diritto giurisprudenziale*<sup>24</sup> è per la scienza giuridica un oggetto cruciale di studio e di riflessione.

**2.4.** Nel tempo lontano in cui sono stato magistrato (dal 1968 e negli anni '70) partecipai alla po-

22. M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002; Id., *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Ragion pratica*, dicembre 2008, n. 31, pp. 48 ss.

23. H. Arendt, *Verità e politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004. Le citazioni che seguono sono da pp. 72, 47, 50.

24. G. Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale fra orientamenti e disorientamenti*, ESI, Napoli, 2008.

lemica contro la magistratura più tradizionalista, arroccata su versioni apparentemente ingenuie del mito dell'interpretazione letterale, usate a difesa del dominio interpretativo della Corte di cassazione e di indirizzi chiusi rispetto al *novum* costituzionale<sup>25</sup>.

Un riferimento importante era ravvisato nel Congresso di Gardone della Associazione nazionale magistrati (settembre 1965): la relazione principale (di Giuseppe Maranini) aveva definito l'attività giurisdizionale come funzione di indirizzo politico costituzionale; la mozione conclusiva, approvata all'unanimità, parlava di potere-dovere del giudice di applicazione diretta della Costituzione, come fondamentale criterio di interpretazione, oltre che di invalidazione di norme incompatibili. L'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche da un'idea di giurisdizione che (con variazioni d'accento e di impostazione teorica) ha assunto il senso di rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica. Nella discussione degli anni '70, *uso alternativo del diritto* e *giurisprudenza alternativa* furono sia parole d'ordine<sup>26</sup> che bersaglio critico di indirizzi contrapposti<sup>27</sup>.

Ben presto ho colto il rischio cui gli indirizzi innovatori erano esposti: capovolgere il mito illuminista del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico, o usare un linguaggio suscettibile di essere frainteso in tal senso. Nel 1977, nella prefazione a una raccolta di testi inerenti al confronto allora in atto entro la magistratura<sup>28</sup>, ravvisavo una revisione di posizioni, fra cui il *superamento della centralità del problema dell'interpretazione quale nodo appariscente del conflitto fra giuristi progressisti e conservatori*. Con riguardo al dibattito interno di Magistratura democratica commentavo che «anche posizioni tutte incentrate sul garantismo non sempre hanno colto che la base di questo è proprio nella oggettività del quadro di riferimento (normativo e valutativo) e del modo di porsi processuale del giudice». Una giurisprudenza alter-

nativa a quella tradizionale non poteva accreditarsi come soggettivamente creativa, ma come ancorata ai principi della Costituzione piuttosto che a quelli dei codici fascisti.

Chi scriverà di storia della magistratura dei decenni della Repubblica si troverà dinanzi al problema di dipanare l'intreccio fra teorie espresse con linguaggio talora ingenuo, e la realtà degli indirizzi giurisprudenziali. La giurisprudenza penale ha rispecchiato la complessità e i problemi della nostra società. C'è un profilo liberale importante: partecipazione a battaglie culturali, valorizzazione del *novum* costituzionale sul piano dell'interpretazione sistematica, impulso alla giurisprudenza costituzionale con le questioni sollevate, che nella maggior parte sono *in bonam partem*. Si deve ad *input* provenienti dalla magistratura lo smantellamento, ad opera del giudice delle leggi, di aspetti inaccettabili della vecchia codificazione fascista e della recente legislazione securitaria.

Assai usato, nel mondo dei magistrati, il linguaggio del garantismo: suona gratificante, *politically correct*. È stato piegato anche a significati diversi dal garantismo liberale: garantismo inteso come tutela di interessi importanti, anche di nuova individuazione, mediante gli strumenti del penale. *Garantismo dinamico*, secondo una formula proposta negli anni '70 nel mondo dei magistrati (credo sia caduta nell'oblio). È il capitolo della cd. supplenza giudiziaria, dei pretori d'assalto. Sul finire degli anni '70 divenne d'attualità il tema delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*; che fu per me un oggetto di riflessione sul capovolgimento di senso della teoria del bene giuridico, da istanza liberale di delimitazione del penale a pretesa di tutela penale obbligatoria<sup>29</sup>.

All'epoca dedicai una riflessione critica<sup>30</sup> verso l'uso del lessico del garantismo come bandiera ideologica sia per il polo liberale delle garanzie e dei limiti, sia per il polo contrapposto, quello "autoritario" dell'uso di poteri istituzionali per finalità di tutela. Sostenevo la preferibilità di un apparato concettuale più

25. Cfr. A. Iannuzzi, *Relazione al II congresso nazionale dell'Unione magistrati italiani*, Ravenna, settembre 1968 (l'Umi era l'associazione cui aderivano i magistrati usciti dalla Anm, fra cui la maggior parte dei magistrati di grado più elevato). La difesa dell'interpretazione letterale finisce per affidarsi «all'intuito giuridico del magistrato, al suo equilibrio, al suo senso di responsabilità, alla sua capacità di resistere alla tentazione di ricercare la giustizia fuori della legge»: Nell'indeterminatezza retorica di siffatti appelli traspare un sostanziale affidamento al controllo del giudice superiore e supremo: la teoria dell'interpretazione dei magistrati conservatori mi appariva oscillante «dall'assoluto indeterminismo all'incontrollato autoritarismo gerarchico, necessario a imporre quella certezza che non si sa recuperare razionalmente» (da un mio scritto contenuto in D. Pulitanò, *Giudice negli anni '70*, De Donato, Bari 1977, p. 50).

26. Poco felici: proporre alternative fa parte della normale dialettica, e nulla dice sui contenuti.

27. Posizioni fra loro diverse in AA.VV., *L'uso alternativo del diritto*, a cura di P. Barcellona, Laterza, Roma-Bari, 1973.

28. D. Pulitanò, *op. ult. cit.*, pp. 31 ss.

29. D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv.it. dir. proc. pen.* 1983, pp. 484 ss.

30. D. Pulitanò, *Sui garantismi*, in *Democrazia e diritto*, 1980, pp. 677 ss.

articolato, adatto a cogliere i diversi punti di vista e le diverse esigenze sottese alla diverse facce del problema penale, «evitando appiattimenti unidimensionali di una problematica incentrata su elementi di polarità». Pur in un clima intriso di ideologia (che ritrovo anche, autocriticamente, in miei scritti degli anni '70) ponevo il problema della ambiguità della figura del pretore d'assalto, e delle aporie e pericoli di una "politizzazione" della giustizia intesa soggettivamente.

Con riguardo ai problemi dell'interpretazione del diritto, per tutta la vita di studioso e di professionista (prima giudice, e poi avvocato) mi sono sentito partecipe di una difficile navigazione fra le sirene del soggettivismo e i gorgi di un positivismo acritico. Impegnato, di volta in volta, su un duplice fronte: contro vecchie versioni ingenuo o maliziose del mito dell'interpretazione letterale<sup>31</sup>, e contro moderne, ben intenzionate ideologie<sup>32</sup>.

### 3. Ermeneutiche del diritto e del fatto

**3.1.** Il cd. sillogismo giudiziario, l'ultimo tratto del percorso ermeneutico e probatorio<sup>33</sup>, ha come premesse (problemi da risolvere "a monte") da un lato l'accertamento del fatto, e dall'altro lato la ricognizione del senso (*Sinn*) della norma della cui applicazione si discute<sup>34</sup>. Il circolo o spirale ermeneutica parte dall'interpretazione della norma, «presupposto ontologico della sussunzione, la quale poi, una volta compiuta, rappresenta un nuovo risultato ermeneutico»<sup>35</sup>.

Studiosi d'indirizzo ermeneutico hanno scritto che *il diritto non è conoscibile se non attraverso il fatto*<sup>36</sup>, e che *ogni nuovo caso aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma*<sup>37</sup>. Sono affermazioni scandalose per il penalista<sup>38</sup>? No, se intese non come generalizzazioni valide in ogni caso, ma come indicazioni di una strada possibile per arrivare a interpretazioni normative. Casi nuovi (concreti o immaginati come casi di scuola) possono essere (non sempre!) occasione per ripensare (confermare o modificare) interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie. Le interpretazioni del diritto tengono conto di sussunzioni già avvenute (affermate o rifiutate). Le questioni controverse rientrano in un campo costruito da interpretazioni consolidate.

Può considerarsi acquisita la distinzione fra disposizione (il testo da interpretare) e norma (il testo interpretato). Nel mondo penalistico è un tema ricorrente negli scritti di Massimo Donini). Tra il testo e la norma c'è il lavoro ermeneutico.

Sui criteri d'interpretazione vi è forse un accordo maggiore che sulle applicazioni. Priorità dell'interpretazione letterale, con la consapevolezza che un problema esegetico serio non può essere risolto con la lettura di un dizionario, e che *l'interpretazione della legge è sempre interpretazione sistematica*. A un livello più generale di quello dell'interpretazione giuridica, è stato ribadito – contro ogni deriva soggettivistica – che «bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale»<sup>39</sup>. Può essere difficile (talora impossibile)

31. Cfr. A. Iannuzzi, *Relazione al II congresso nazionale dell'Unione magistrati italiani*, Ravenna, settembre 1968 (l'Umi era l'associazione cui aderivano i magistrati usciti dalla Anm, fra cui la maggior parte dei magistrati di grado più elevato). La difesa dell'interpretazione letterale finisce per affidarsi «all'intuito giuridico del magistrato, al suo equilibrio, al suo senso di responsabilità, alla sua capacità di resistere alla tentazione di ricercare la giustizia fuori della legge»: Nell'indeterminatezza retorica di siffatti appelli traspare un sostanziale affidamento al controllo del giudice superiore e supremo: la teoria dell'interpretazione dei magistrati conservatori appare oscillante «dall'assoluto indeterminismo all'incontrollato autoritarismo gerarchico, necessario a imporre quella certezza che non si sa recuperare razionalmente» (da un mio scritto contenuto in D. Pulitanò, *Giudice negli anni '70*, Bari 1977, p. 50).

32. Ideologie che talvolta hanno «legalità penale nella bocca, governo dei giudici nel cuore»: O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo. Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, p. 296.

33. M. Barberis, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 172.

34. Alla distinzione fra *Sinn* e *Bedeutung*, o fra analoghe coppie concettuali, nella dottrina penalistica fa più volte riferimento O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 113. In argomento cfr. V. Villa, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. pen.* 2005, p. 2432.

35. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970 (con presentazione di A. Baratta).

36. O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 124.

37. M. Vogliotti, *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, p. 90.

38. Come opina M. Vogliotti, *loco cit.*

39. U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano 1990, p. 26.

dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate. Come strumento di comunicazione, il linguaggio “funziona” nei modi che sperimentiamo ogni giorno, nella vita quotidiana, nella attività scientifica, e anche nelle aule di giustizia.

Criteri fondamentali d’interpretazione sistematica, nel nostro ordinamento, sono i principi costituzionali. Detto nel linguaggio dell’ermeneutica, *l’orizzonte generale dei valori-guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell’interprete del diritto positivo* nell’accostarsi ai testi normativi<sup>40</sup>. D’altro canto, il procedimento ordinario di interpretazione ha *priorità logica* rispetto a eventuali questioni di legittimità costituzionale<sup>41</sup>. L’interpretazione conforme si inquadra nel tradizionale canone dell’interpretazione sistematica<sup>42</sup>, e deve in concreto legittimarsi come tale. Là dove l’interpretazione conforme non sia possibile – o il diritto vivente non la accogla – si apre il campo delle questioni di legittimità costituzionale.

È interpretazione (*inventio*, ritrovamento di un diritto non creato dall’interprete) anche la concretizzazione di clausole generali: un problema non estraneo nemmeno al mondo del diritto penale (si pensi alle definizioni di istituti di parte generale, e a fattispecie costruite su elementi “normativi”<sup>43</sup>). Le applicazioni debbono potersi giustificare come fondate su principi di diritto. In questi termini possono essere difese sentenze che pure sono state colte come novità epocali, sia civili (la Cassazione sul caso Englaro) sia penali (il gup di Roma sul caso Welby): novità nelle applicazioni, coerenza con principi già affermati. Provvedimenti propriamente “creativi” vanno cassati dal giudice di legittimità (o eventualmente dalla Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni<sup>44</sup>).

Nella fabbrica processuale delle interpretazioni ed applicazioni del diritto penale, i problemi più delicati riguardano i confini degli istituti, questioni dalla

cui soluzione dipende la vittoria dell’accusa o della difesa (quanto meno su qualche punto specifico). La custodia del *nomos*, affidata al giudice di legittimità, è essenzialmente *custodia di confini* stabiliti dalla legge, relativi sia ai modi del procedere che ai criteri giuridici del decidere. Confini che tagliano il *continuum* di situazioni che la realtà presenta. I confini della responsabilità si giocano sui *requisiti minimi* di istituti quali il tentativo, il concorso nel reato, il dolo, la colpa, o di fattispecie di parte speciale. Nelle più significative divergenze d’interpretazione sono leggibili *precomprensioni* divergenti sugli stessi principi costituzionali, e su funzioni e limiti del diritto penale. Hanno a che fare con la tensione di fondo del problema penale: garantismo liberale *versus* finalità di tutela “autoritaria”.

**3.2.** Le decisioni dei casi concreti dipendono da un’ermeneutica che non è solo della norma (della fattispecie) ma anche ermeneutica del fatto, di suoi profili culturali e valutativi. Nelle usuali fotografie del diritto giurisprudenziale, la dimensione fattuale socioculturale appare assorbita nella qualificazione giuridica: nella conclusione (per es.) che una vignetta satirica sia o non sia un’offesa illecita. La sussunzione presuppone, da un lato, un’ermeneutica del diritto: a quali elementi o valori socioculturali la norma fa riferimento? Dall’altro lato, un’ermeneutica del fatto, alla stregua dei valori socioculturali di riferimento. Su questo tema furono avviate negli anni ’60, in un clima culturale che metteva in discussione la cultura giuridica tradizionale, indagini sui valori socioculturali nella giurisprudenza<sup>45</sup>.

Ciò che *fa problema* è il *retrotterra culturale delle ermeneutiche sia del fatto che del diritto*. Il giudizio ha sempre bisogno di un sapere sul mondo, necessario alla stessa comprensione del diritto, oltre che all’accertamento e all’ermeneutica del fatto. Al livello minimo sono in gioco la competenza linguistica, il sa-

40. G. Zaccaria, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 98.

41. «La identificazione della norma è il prius per giudicare se vi sia o meno conformità a Costituzione e tale identificazione non può essere fatta che per mezzo della interpretazione del testo normativo»: G. Azzariti, *Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giur. Cost.* 1957, pp. 878 ss. (citato da R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d’antico: la contesa sull’interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli 2009, p. 681). La priorità del procedimento ordinario di interpretazione è stata espressamente affermata dalla Corte costituzionale fin dalla prima sentenza relativa a un problema di determinatezza di una norma penale (n. 27 del 1961).

42. R. Bin, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, n.1/2015.

43. Un recente riesame: D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”: il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *La legislazione penale on line*, 5.6.2017.

44. Corte cost. n. 150 del 1981, n. 70 del 1985.

45. Anche il sottoscritto ne è stato coinvolto: cfr. AA.VV., *Valori socioculturali della giurisprudenza*, Laterza, Bari 1970.

pere di base in essa incorporato, una cultura giuridica che richiede *humanarum rerum notitia*. Per l'accertamento di fatti materiali è necessario un sapere fattuale, talora scientifico, talora di semplice esperienza comune. Nella prova del fatto è in gioco l'universalità dell'epistemologia e del sapere *wertfrei* su come è fatto il mondo<sup>46</sup>. Nell'ermeneutica del fatto (e anche del diritto) è in gioco una saggezza (*fronesis*) anche assiologica, relativa a valori.

C'è una *saggezza comune dell'umanità*<sup>47</sup> sulla quale poter fare affidamento? Forse c'è più di quanto pensino gli scettici, molto meno di quanto pensino gli ottimisti. Nel processo è importante che tutto ciò che una parte afferma possa essere messo in discussione, ed eventualmente diventare oggetto di verifica probatoria. Anche la ragionevolezza assiologica va ricercata in una dimensione intersoggettiva. Il principio di legalità esclude riduzioni soggettivistiche.

Il giurista, ha scritto un grande penalista e filosofo del diritto, «*se vuole dare validità all'idea del diritto, deve prestare ascolto alla voce dello spirito oggettivo ... deve sentirsi, senza puntiglio personale, come un servitore delle concezioni etiche e sociali dominanti; non può voler essere né reazionario né rivoluzionario*»<sup>48</sup>. Più di recente, in uno studio intitolato alla politica della legalità, un filosofo italiano ha scritto che fra gli *impegni* che dovrebbero guidare il lavoro del giurista c'è il distanziamento ideologico che eviti l'*irriflessa* riproposizione di propri valori personali: c'è bisogno di «*un'area di cecità istituzionale dove le varie identità politiche, religiose, etniche ecc. non abbiano alcun peso come fattori discriminanti*»<sup>49</sup>. Con accentuazioni diverse, e forse sviluppi non coincidenti, viene postulata una tensione all'obiettività.

#### 4. Ripulsa del giudice di scopo e scopi del *law enforcement*

In una riflessione sul rapporto giudice-legge merita considerazione la recente ordinanza n. 24/2017

della Corte costituzionale, che dialogando con la Corte Ue (vicenda Taricco) ha espresso una ferma ripulsa dell'idea di un giudice di scopo<sup>50</sup>, collegando ad essa la premonizione dell'eventuale controlimita: «*non è possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento*» (§5). Questo profilo è ricollegato ai principi della legalità penalistica: «*l'attività del giudice ... deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati di civil law. Essi non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i Tribunali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente definito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire*» (§9).

Al di là dei problemi specifici del dialogo con i giudici di Lussemburgo, le parole della Corte costituzionale vanno raccolte come un messaggio di portata generale, sulla legalità penalistica e sul rapporto giudice/legge. È un messaggio lanciato a tutti: al legislatore italiano, ai giudici italiani, alla dottrina. E anche dalla Corte a se stessa.

La ripulsa del giudice di scopo riguarda la tenuta delle garanzie di legalità, dentro un sistema della cui razionalità è parte essenziale lo *Zweckgedanke*<sup>51</sup>, la complessa teleologia del diritto criminale/penale e dei meccanismi del *law enforcement*. L'*applicazione della legge punitiva* concorre a definire, insieme alla qualità delle garanzie liberali, il contributo della giurisdizione penale alla complessiva tenuta della legalità e alla tutela degli interessi legalmente protetti. Questa proiezione finalistica è radice strutturale di aspetti della giustizia penale sui quali ho da tempo proposto, come chiave di lettura, l'idea di *autoritari-*

46. Tra le più famose sentenze della Cassazione penale stanno sentenze epocali (Franzese: Cass. sez. un. 12 luglio 2002) e Cozzini (Cass., sez. 4°, 17.9.2010, n. 43786) che collegano la riaffermazione di un principio di diritto (il paradigma causale nei delitti d'evento) e criteri di razionalità del giudizio di fatto.

47. F. Schauer, *Thinking like a lawyer. A new Introduction to Legal reasoning*, 2009. In traduzione italiana: *Il ragionamento giuridico*, Carocci, Roma, 2016. Citazione da pp. 263 ss.

48. K. Engisch, *Introduzione*, cit., p. 319.

49. C. Luzzati, *La politica della legalità*, Il Mulino, Milano, 2005, p. 94.

50. È un punto ben evidenziato da C. Sotis, *Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 aprile 2017, [www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia](http://www.penalecontemporaneo.it/d/5317-tra-antigone-e-creonte-io-sto-con-porzia).

51. V. Liszt, *L'idea dello scopo nel diritto penale*, traduz. italiana Milano, 1962.

*smo ben intenzionato*<sup>52</sup>. È un'ipotesi da sottoporre ad articolata verifica, relativa, da un lato, alle concezioni (precomprensioni?) relative a diritto e giustizia – anche ai principi costituzionali – che reggono l'attività giudiziaria, dall'altro lato ai prodotti di tale attività.

L'idea di un operare *ben intenzionato* – distaccandosi da letture che pongono in primo piano aspetti di impropria politicizzazione – legge nelle tendenze espansive e rigoriste presenti nella giurisprudenza la moralità di intenti di responsabilizzazione, quelli che nel lessico degli anni '70 erano definiti garantismo dinamico. La valutazione di *autoritarismo* intende essere, ad un tempo, descrittiva e critica, non sulle motivazioni soggettive ma su taluni aspetti del diritto giurisprudenziale.

Nei primi tempi della Repubblica la critica era rivolta alla legislazione penale fascista e a indirizzi della “vecchia” magistratura. Con il mutare delle norme e/o delle culture di riferimento, il problema “autoritarismo” si ripropone in relazione a nuove esigenze di tutela e a nuove sensibilità (forse possiamo dire: nuove suggestioni *politically correct*). Tendenze espansive e rigoriste nella giurisprudenza possono essere lette come un farsi carico di esigenze di responsabilizzazione, da punti di vista etico-sociali che vengono assunti (con maggiore o minore consapevolezza, con maggiore o minore correttezza) come criteri di interpretazione teleologica, orientati alla tutela penale del bene giuridico.

Problemi particolarmente delicati sono collegati a istituti che non sono di giustizia nel senso in cui è tale l'accertamento di reati e la conseguente applicazione di pena. Penso a misure cautelari, o di sicurezza, o di prevenzione: istituti che mettono sotto tensione l'idea di un giudice non “di scopo”<sup>53</sup>.

Lo slittamento dalla legalità verso i poteri del giudice è più vistoso e meno controllabile là dove è lasciato spazio alla discrezionalità giudiziale. Mentre per i presupposti della responsabilità penale richiediamo (in teoria) determinatezza e precisione, con riguardo alle risposte al reato accettiamo come necessario un mix di legalità e di discrezionalità. Ci siamo assuefat-

ti all'*enorme potere del giudice nella gestione degli istituti del sistema sanzionatorio*<sup>54</sup>. La dilatazione di spazi di discrezionalità, l'evanescente genericità dei criteri, la conformazione concreta di certi istituti pongono seri problemi di legalità della pena (oltre che di ragionevolezza del sistema sanzionatorio vigente).

Nel campo di tensione fra i poli opposti di un sistema che di scopi ne ha molti, la ripulsa del giudice di scopo significa emancipazione del giudizio su casi singoli dagli scopi di politica criminale cui pure il sistema nel suo insieme dovrebbe servire.

## 5. Ripensare i principi? Custodia della legalità e diritti delle parti

«*Messi alla prova dei fatti ... i principi di origine illuministico – liberale ... esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati*»: è una sollecitazione di studiosi di orientamento ermeneutico<sup>55</sup>. Riflettere criticamente sul nostro lavoro di giuristi, teorici e pratici, fa parte del nostro lavoro. Se ripensare i principi significa pensare a eventuali modifiche, la mia valutazione – discutibile come qualsiasi valutazione di politica del diritto – è che gli apporti conoscitivi dell'ermeneutica sono argomenti *a favore* di una ferma difesa della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge, per quello che tale vincolo possa realisticamente significare<sup>56</sup>.

Di fronte al *topos* dell'*interpretazione creativa*, sento l'esigenza di dipanare il profilo lessicale dalla sostanza (per inciso: è un'esigenza che riguarda l'insieme del linguaggio della cd. dogmatica giuridica). Escluso che vi sia una differenza di tipo qualitativo fra interpretazione giudiziale e interpretazione dottrinale, la questione se l'attività interpretativa abbia aspetti di creatività riguarda allo stesso modo entrambi i tipi di attività<sup>57</sup>. La differenza è di potere decisionale, non di competenza ermeneutica.

Sul linguaggio faccio mio un consiglio che ritrovo nel fascicolo di *Questione Giustizia*: usare «*accortez-*

52. Ho usato questa formula per la prima volta in D. Pulitanò, *Supplemento giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 93 ss.

53. Per approfondimenti rinvio al fascicolo, di prossima pubblicazione della *Riv.it. dir. proc. pen.* dedicato alle misure di prevenzione.

54. Una riflessione su questo tema è stata rilanciata, con riferimento a un istituto specifico, da F. Basile, *L'enorme potere delle circostanze sul reato e l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in *Riv.it. dir. proc. Pen.*, 2015, pp. 1743 ss.

55. In questi termini M. Vogliotti. *op. cit.*, riprende un'impostazione di G. Zaccaria, *op. cit.*, pp. 11 ss.

56. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in *Dir. pen. contemporaneo*, n. 3/2016, pp. 13 ss., parla di «*salvare la giurisprudenza-fonte dal suo successo, che pure riempie il vuoto della crisi del potere legislativo, ma rappresenta un problema costituzionale*».

57. V. Villa, *op. cit.*, p. 2425.

za critica rispetto a visioni aporetiche della creatività giurisprudenziale»<sup>58</sup>. Il lessico della creatività è esposto al duplice rischio di torsione soggettivistica e di fraintendimento; entrambi nella duplice versione della buona o della mala fede. Il lessico della *inventio* (ricerca e ritrovamento) ha il pregio di evocare un'attività e un oggetto di conoscenza.

La soggezione del giudice *soltanto alla legge* (art. 101 Cost.) nella lettura di Grossi intende salvaguardare l'autonomia e indipendenza del giudice. Nella lettura di Ferrajoli «*il modello illuminista del giudice bocca della legge e del giudizio come accertamento fornisce ancor oggi .... la prima e principale fonte di legittimazione del potere giudiziario*»: un modello ideale e regolativo<sup>59</sup>.

Sul piano del dover essere del diritto, la rilevazione di scarti rispetto alla certezza della legge è rilevazione di un problema; nel diritto penale sostanziale non può essere riconoscimento di un potere di integrazione normativa, nemmeno interstiziale. Il dover essere della legalità penalistica può essere frustrato sia da difetti (indeterminatezza, oscurità) nelle premesse legislative, sia da difetti della giurisprudenza. I *deficit* di legalità, di cui oggi soffriamo, chiamano in causa responsabilità di tutti gli attori istituzionali.

Per la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, il vincolo alla legge è un punto di forza: consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* (potrebbero anche essere francamente sbagliati). Fonda il diritto della parte a una risposta del suo giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni introdotte; soprattutto se si tratta di ragioni nuove, nelle conclusioni o negli argomenti.

Proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con la tenuta garantista della legalità pe-

nale, è più forte l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia del *nomos*, in nome di una migliore ermeneutica del *nomos*.

L'importanza fondamentale della critica, dell'argomentazione, di un *dare ragioni* in un contesto aperto, vincolato alla legge e non a precedenti fabbricati altrove, è un'esigenza comune a tutti i fabbricanti di interpretazioni: allo studioso, alla parte nel processo, e anche al singolo giudice.

Per *qualunque giudice* intenda disattendere un indirizzo già affermato, la Corte costituzionale (nella citata sentenza n. 230/2012) ha additato la strada: un *onere di adeguata motivazione*. È anche un onere per le parti che chiedano una revisione di indirizzi giurisprudenziali. L'adempimento dell'onere dà *diritto ad una adeguata risposta*, non appiattita sulla autoritaria riaffermazione di un indirizzo sottoposto a critica con argomenti nuovi. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale – mi parrebbe di dubbia compatibilità non solo con l'art. 101 Cost., ma anche con la sostanza del diritto di difesa.

La dottrina giuridica, libera da preoccupazioni strategiche, potrebbe (dovrebbe?) trovare un campo importante d'interesse intellettuale ed etico, appunto nell'esame dei punti più critici e controversi. L'orizzonte degli studiosi può estendersi a tutti i campi d'interesse per il problema penale. È l'orizzonte della libertà di ricerca, il compito (*Beruf*, professione e vocazione) della produzione di cultura: che è non solo scienza weberianamente *wertfrei* (avalutativa, indipendente da premesse di valore), ma anche *riflessione sui valori*, guidata da *interessi di valore*. Sta qui la specifica dignità e responsabilità della dottrina, anche di fronte alla giurisprudenza e al cosiddetto diritto giurisprudenziale. Di fronte ad *ogni* esercizio di potere c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola.

58. G. Preterossi, *La magistratura di fronte alle derive post-democratiche*, in questa Rivista, n. 4/2016, p. 77, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-4\\_06.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-4_06.pdf).

59. L. Ferrajoli, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 21-22.