

PREMESSA

Di fronte alla diffusione del *judicial law making*, il profilo delle garanzie individuali costituisce un aspetto sempre più critico. La torsione del metodo ermeneutico ed il sistemico sconfinamento istituzionale della giurisprudenza hanno causato una grave frattura tra dimensione applicativa e attuazione dei principi di garanzia. Molti fattori hanno accentuato il protagonismo giudiziario, contribuendo a rafforzare l'immagine del giudice, solo, di fronte ad un sempre più intricato dedalo normativo. Dal ben noto fenomeno della proliferazione delle fonti alla crisi della riserva di legge e alla situazione di sostanziale incertezza del diritto: si pone la necessità di precisare il valore, il rango e il peso da assegnare al precedente giudiziale, nel quadro delle fonti e del diritto intertemporale, distinguendo tra funzione dichiarativa e funzione creativa del formante giurisprudenziale. Obiettivo della presente indagine è quello di verificare se e in che misura, nell'attuale contesto di produzione normativa policentrica o *multilevel*, il principio di legalità e i suoi corollari siano tuttora in grado di assicurare una tutela adeguata delle garanzie individuali e quali rimedi debbano essere adottati per fronteggiare il crescente, complesso, fenomeno di co-produzione giurisprudenziale.

L'analisi avrà ad oggetto le dinamiche ermeneutiche che determinano un effetto "estensivo" dell'area della punibilità ovvero un aggravamento del trattamento punitivo. L'applicazione "iper-retroattiva" delle nuove soluzioni interpretative sfavorevoli a fatti antecedenti comporta effetti simili a quelli prodotti da una nuova legge incriminatrice applicata retroattivamente, dando luogo ad un'insidiosa forma di c.d. retroattività occulta.

Nella prima parte, sarà ricostruito il nesso tra legalità e formante giurisprudenziale. Attraverso il metodo di c.d. comparazione diacronica, verranno individuati i fondamentali stadi evolutivi, articolati convenzionalmente per "modelli". Pertanto, si darà conto dell'evoluzione del potere interpretativo affidato agli organi giudiziari e della sua incidenza sul terreno della legalità, mettendo a fuoco i cruciali "momenti di svolta". Nel contesto della schematizzazione per "model-

li” si avrà modo di evidenziare come dall’Illuminismo al giuspositivismo si registri la tendenza a relegare l’interpretazione giudiziale ad un ruolo essenzialmente dichiarativo; in epoca successiva, si è dovuto prendere atto dell’impossibilità di postulare un diritto penale vocato all’assolutizzazione della legalità, autosufficiente e determinata nei contenuti. Con l’avvento della Costituzione prima e con l’“irrompere” delle fonti sovranazionali poi, si è dovuto fare i conti con il potere normativo dell’interpretazione giudiziale, con la rinnovata “crisi” del principio di legalità che trova espressione nella definitiva scissione tra dimensione “formale” e dimensione “sostanziale” della riserva di legge, sino all’inarrestabile emersione della nuova legalità di matrice europea.

Nella seconda parte, si procederà alla ricognizione tipologica e strutturale degli arresti giurisprudenziali che più significativamente hanno messo in evidenza il dinamismo interpretativo e l’eterogeneità di contenuti che il fenomeno del “diritto giurisprudenziale” assume nell’epoca contemporanea, sotto l’effetto del protagonismo delle Corti sovranazionali. Nell’opera di tessitura della “legalità europea”, improntata alla tendenza a valorizzare soprattutto l’aspetto personalistico della libertà di autodeterminazione, il sindacato della Corte GUE e della Corte EDU ha assunto un carattere sempre più “pervasivo”, finendo con l’incidere anche su ambiti di esclusiva competenza dei legislatori nazionali e con il mettere in discussione i rapporti gerarchici tra le giurisdizioni ed i meccanismi di adeguamento interni.

In questa direzione, saranno analizzati le modalità di ingresso e di consolidamento del *novum* interpretativo, lo stato di incertezza conseguente ai contrasti e alle oscillazioni giurisprudenziali, le forme di stabilizzazione dell’interpretazione dominante, individuando le possibili differenze in ordine alle garanzie di conoscibilità, stabilità ed uniformità. Si andrà alla ricerca di un parametro di giudizio che permetta di valutare le ricadute applicative delle varie dinamiche ermeneutiche e di legittimarne gli effetti: tale criterio viene identificato nella prevedibilità dell’interpretazione giurisprudenziale, così come è venuta sviluppandosi a seguito dell’elaborazione della Corte EDU e del suo recepimento sul piano interno, nell’ambito della giurisprudenza costituzionale e di legittimità e dell’intenso dibattito dottrinale.

Nella terza e ultima parte saranno vagliate le possibili soluzioni al problema della tutela delle garanzie individuali, fissando le modalità attraverso le quali assicurare un livello di tutela empiricamente “sostenibile” della legalità. Preso atto dell’eterogeneità del fenomeno ermeneutico e delle varie tipologie d’instabilità interpretativa, saranno indicate le coordinate metodologiche sulla base delle quali ricom-

porre l'asimmetria tra dimensione assiologica e dimensione fenomenologica della legalità, venutasi a creare a seguito del *nouveau rôle* esercitato dalla giurisprudenza. Attraverso una ricognizione comparatistica, ci soffermeremo sui rimedi adottati in altri sistemi giuridici per fronteggiare la creatività dell'interpretazione giurisprudenziale, distinguendo tra ordinamenti di *civil law* e quelli di *common law* e valutando le possibilità di applicazione interna di predetti accorgimenti, secondo quella che viene definita la *cross-fertilization*.

Sulla base delle indicazioni emergenti sul piano comparatistico, saranno enucleate le soluzioni applicabili nel nostro ordinamento *de iure condito* e *de iure condendo*, tenendo conto del livello di accreditamento presso la scienza penalistica: la *pars costruens* prende le mosse dalla necessità di adottare un approccio differenziato e articolato ai problemi posti dalle modificazioni ermeneutiche. Sul presupposto che determinate oscillazioni siano in certa misura ineliminabili o fisiologiche, si tratta di valutare a partire da quale livello d'intensità l'instabilità interpretativa diventi patologica. La questione dell'implementazione delle garanzie verrà, dunque, affrontata distinguendo a seconda della patologia delle diverse fenomenologie interpretative riconducibili al "diritto giurisprudenziale". Mentre i contrasti sincronici – a fronte di ripetute oscillazioni interne alle singole sezioni della Cassazione – rischiano di determinare una *capitis deminutio* del principio di colpevolezza; viceversa, nel caso di *overruling* sfavorevole e senza precedenti "qualificati", ad essere vulnerato è il principio d'irretroattività sfavorevole.

Il tema deve essere affrontato con "sensibilità storica" e, per quanto possibile, con neutralità intellettuale, nella consapevolezza del rischio di incorrere in trappole cognitive e di farsi fuorviare da vischiosi «*equivoci di fondo*»¹ e da radicate pre-comprensioni ideologiche. In questo senso, occorre evitare di ripiegare su posizioni "estremistiche", come quella di chi invoca in chiave anti-storica la centralità e l'intangibilità della riserva di legge e del mito della legge come auto-sufficiente, certa e univoca, finendo per postulare una tutela statica, immutabile nel tempo, dei presidi di garanzia, come se quest'ultimi sfuggissero alla necessità di un processo di adeguamento culturale e non risentissero dell'evoluzione del diritto penale a livello europeo. O, all'opposto, come quella, disincantata, di chi, suggestionato dall'irrompere della logica del "diritto *flou*", recepisce acriticamente i canoni della legalità europea, senza preoccuparsi di verificare se l'ade-

¹ G. DE FRANCESCO, *Legislazione, giurisprudenza, scienza penale: uno schizzo problematico*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 853B.

guamento comporti una riduzione sostenibile del livello di tutela, senza interrogarsi sulle criticità e sulle implicazioni del fenomeno della co-produzione giurisprudenziale del diritto penale, soprattutto sotto il profilo della certezza e della legittimazione democratica.

Prese le distanze da entrambe le prospettive poc'anzi evocate, l'indagine viene orientata alla necessità di prendere atto del fatto che la funzione garantistica della legalità non si esaurisce nel soddisfacimento delle qualità contenutistiche della fonte penale (conoscibilità e prevedibilità) e la metamorfosi del *nullum crimen* non può oscurare il profilo cruciale della legittimazione democratica. Nella consapevolezza dell'irriducibilità dell'incertezza interpretativa, il problema fondamentale diviene quello di mettere a fuoco i parametri attraverso i quali governare la creatività giurisprudenziale. In accordo al principio di ragionevolezza, le possibili soluzioni debbono iscriversi all'interno della logica del bilanciamento, secondo quella che è stata autorevolmente indicata come la «*subordinazione ragionevole del giudice, e in generale dei giuristi, alla legge, pur senza disconoscere il carattere innovativo della loro attività di produzione diretta o indiretta del diritto*»².

In una prospettiva "selettiva" del rapporto tra formante giurisprudenziale e garanzia del *nullum crimen*, l'attenzione sarà rivolta a quel rapporto tra precedente e criterio di prevedibilità, che sottende l'intero dibattito dialettico sulla funzione integrativa e creativa dell'ermeneutica e che deve essere ricostruito a partire dai significati e contenuti ancora "latenti" della legalità, quanto mai meritevoli di valorizzazione e "razionalizzazione" nell'attuale temperie storico-culturale.

² A. BARATTA, *Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, 1990, 205.

RINGRAZIAMENTI

Desidero ringraziare sentitamente il Prof. Giovannangelo De Francesco per la vicinanza emotiva, il paziente ascolto e gli illuminanti consigli.

Per il prezioso e costante supporto, la sapiente guida e l'incoraggiamento continuo ringrazio il Prof. Alberto Gargani. Senza il suo impagabile contributo, sempre generoso, il presente lavoro non sarebbe stato possibile.

Un tributo di riconoscenza va alla Scuola penalistica pisana, dalla cui dottrina ho tratto ispirazione per molteplici spunti della mia ricerca e verso la quale ho maturato un profondo debito intellettuale. Ho trovato un ambiente di studio da cui mi sono sentita accolta e che mi ha trasmesso passione e amore per il diritto penale.

PARTE I

PRINCIPIO DI LEGALITÀ
E “FORMANTE” GIURISPRUDENZIALE:
STADI EVOLUTIVI

CAPITOLO I

DALL'ILLUMINISMO AL COSTITUZIONALISMO MODERNO

SOMMARIO: 1. Il modello illuministico. – 1.1. Origini del principio di legalità. – 1.2. La formulazione del principio di irretroattività nel giusnaturalismo inglese. – 1.3. La consacrazione della riserva di legge nella Francia rivoluzionaria. – 1.4. Il ruolo della giurisprudenza nel passaggio dall'*Ancien Régime* all'Illuminismo. – 1.5. La formulazione degli altri corollari: il principio di precisione e di determinatezza ed il divieto di analogia. – 1.6. Eredità dell'Illuminismo tra proclamazioni solenni ed attuazione pratica. – 2. Il modello giuspositivistico. – 2.1. L'utilitarismo di Bentham ed il principio di prevedibilità. – 2.2. La c.d. *analytical jurisprudence* di Austin e la teoria dell'obbedienza formale. – 2.3. Legalità e giurisprudenza nello Statuto Albertino. – 2.4. Legalità nel codice Zanardelli e l'influsso della c.d. Scuola classica. – 2.5. La rivalutazione del ruolo interpretativo dei giudici nel formalismo kelseniano nel giusliberismo e nel realismo giuridico. – 3. Il modello autoritario. – 3.1. L'avvento dei regimi totalitari. – 3.2. Legalità e giurisprudenza nel codice Rocco. – 4. Il modello costituzionale. – 4.1. La legalità nella Carta costituzionale del 1948. – 4.2. La legalità nelle Carte sovranazionali. – 4.3. Il sistema di giustizia costituzionale. – 4.4. Il ruolo dei giudici e l'interpretazione costituzionalmente conforme.

1. Il modello illuministico

1.1. Origini del principio di legalità

Nonostante la formulazione latina del celebre brocardo *nullum crimen sine lege*¹, il principio di legalità, nella sua accezione moder-

¹ La formulazione del brocardo risale al giurista tedesco P.J.A.R. VON FEUERBACH, il quale nella sua opera *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts III*, Giessen, 1805, 22, 14 ss., sostenne che «*Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesets voraus*» (trad.: qualsiasi inflizione di una pena presuppone un codice penale, ossia *nulla poena sine lege*); «*Die Zufügung einer Strafe ist*

na, rimase sostanzialmente estraneo al diritto romano. La potestà punitiva, cioè l'attività di *coercitio*, veniva esercitata sulla base di una “Babele” di fonti eterogenee, tra cui leggi, plebisciti, senatoconsulti, costituzioni dei principi, editti dei magistrati competenti, responsi dei giuristi. In assenza di una fonte scritta, i giudici potevano fare ricorso all'analogia *ad exemplum legis*: l'*interpretatio* fu ritenuta fondamentale ai fini di adeguare la *lex* ai *mores*, giacché «*constare non potest ius, nisi sit aliquis iurisperitus, per quem possit cotidie in melius produci*»². Il diritto legislativo e quello giurisprudenziale non furono concepiti, quindi, in termini di antagonismo, ma di complementarietà.

La prima formulazione del principio di legalità risale all'epoca medievale, ossia all'emanazione nel 1215 della *Magna Charta* di Re Giovanni, in quello che viene considerato il primo documento formale di riconoscimento dei diritti dei cittadini. Nell'art. 39 della *Magna Charta* fu consacrato il c.d. *habeas corpus integrum*, ossia la garanzia, valida per tutti gli uomini di condizione libera, di non poter essere arrestati, imprigionati o danneggiati in alcun modo, se non con legale giudizio di pari e secondo la legge del Regno. Sebbene non escludesse espressamente l'uso dell'analogia e neppure il diritto consuetudinario, la disposizione fu ispirata dalla stessa *ratio* tutt'oggi sottesa al principio di legalità, quale strumento di garanzia dei cittadini. Sarebbe, però, erroneo ricondurre la genesi del principio a tale epoca: si trattò, in realtà, di una formulazione soltanto “embrionale”, giacché la legalità non comprendeva ancora alcuni essenziali sotto-principi (riserva di legge, determinatezza e irretroattività), in assenza dei quali la solenne proclamazione formale risultava per molti versi simbolica, inadeguata e insufficiente.

La vera e propria origine del principio viene, com'è noto, collocata nel periodo illuministico. Le ideologie rivoluzionarie costituirono l'*humus* politico-sociale che contribuì all'evoluzione di quei sotto-principi essenziali della legalità, che ne definiscono il contenuto e ne concretizzano la tutela. Al fine di garantire i diritti di libertà del cittadino nei confronti del Sovrano e di smantellare l'«*edificio di mo-*

bedingt durch die Existenz der bedrohten Handlung» (trad.: l'inflizione della pena è dovuta all'esistenza dell'azione minacciata, ossia *nulla poena sine crimine*); «*Das gesetzlich bedrohte Factum (die gesetzliche Voraussetzung) ist bedingt durch die gesetzliche Strafe*» (trad.: il fatto incriminato dalla legge è determinato dalla punizione legale, ossia *nullum crimen sine poena legali*).

²D.1, 2, 2, 12-13, Pomponio, trad. “*non può esistere il diritto se non vi sia qualche esperto del diritto stesso che lo possa far progredire migliorandolo di giorno in giorno*”.

struose iniquità»³ dell'*Ancien Régime*, la legalità venne concepita come il principio democratico su cui fondare l'intero sistema penale a presidio e garanzia dai poteri dello Stato.

1.2. *La formulazione del principio di irretroattività nel giusnaturalismo inglese*

Il primo corollario della legalità a trovare riconoscimento fu il principio di irretroattività, nella seconda metà del Seicento, a cavallo delle due rivoluzioni inglesi del 1642 e del 1688, nel corso delle quali Corona e Parlamento entrarono in conflitto.

L'elaborazione del principio risale al pensiero di T. Hobbes, il quale, nella sua celebre opera *Il Leviatano* (1651), ritenne che punire retroattivamente sarebbe stato un atto di "ostilità" verso il cittadino. Il *pactum subjectionis*, con cui i consociati attribuiscono al Sovrano una potestà punitiva "assoluta", è funzionale a garantire la sicurezza sociale: non essendo ammessa alcuna disobbedienza, in virtù dell'obbligatorietà dell'azione penale, i cittadini devono essere messi almeno nelle condizioni di conoscere anticipatamente il confine tra lecito ed illecito, altrimenti il patto di soggezione perderebbe la sua funzione. Solo attraverso la garanzia dell'irretroattività, quindi, il cittadino può acquisire la certezza giuridica necessaria per uscire dallo stato di natura (*bellum omnium contra omnes*)⁴.

Pochi anni più tardi, prese le distanze dall'assolutismo, J. Locke individuò, con la prima teoria liberale moderna, un ulteriore fondamento dell'irretroattività, concependo il principio non solo come garanzia di certezza alla stregua del modello hobbesiano, ma anche come tutela del principio di libertà e di autodeterminazione. Più che un patto di soggezione unilaterale, i cittadini stipulano con il Sovrano un contratto sociale, con diritti ed obblighi reciproci. Con il contratto, il Sovrano è tenuto ad esercitare la potestà punitiva nel modo più rispettoso del diritto di libertà, sacrificandolo cioè solo sulla base di una corretta e completa conoscenza preventiva, che rende l'eventuale privazione della libertà "legittima". L'esistenza di un diritto penale predeterminato assicura il maggior spazio di libertà compatibile con il contratto sociale: i cittadini sanno che – se non

³F. CARRARA, *Della necessità di una rivista indipendente della giurisprudenza penale* (1871), in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. IV, 4^a ed., Firenze, 1903, 373 ss.

⁴T. HOBBS, *Leviathan*, 1651, ed. it. Bur, Milano, 2011, 72, anche se il concetto era stato già anticipato dall'A. in *Elementa philosophica de cive*, 1642.

commetteranno reati – non potranno subire alcuna limitazione alla libertà⁵.

1.3. *La consacrazione della riserva di legge nella Francia rivoluzionaria*

Quasi un secolo più tardi, a partire dalla seconda metà del '700, trovò riconoscimento in Francia, sotto l'influsso dell'ideologie rivoluzionarie, il secondo corollario del principio di legalità: la riserva di legge.

Riprendendo la teoria contrattualistica di Locke, i principali esponenti dell'Illuminismo francese, tra cui Voltaire e Montesquieu, ritennero che solo un organo democraticamente eletto potesse detenere legittimamente la potestà punitiva, e che la limitazione della libertà personale potesse essere autorizzata in via mediata solo dai suoi stessi destinatari. Al primato della legge parlamentare era sottesa l'idea di una volontà quanto più possibile condivisa, formata e verificata attraverso un confronto pubblico, aperto e orientato all'intesa di tutte le forze politiche presenti in un dato momento storico nella società. È evidente la fiducia incondizionata riposta dagli illuministi nella garanzia formale del procedimento legislativo, quale unico strumento in grado di assicurare una concertazione democratica.

Ma durante l'Illuminismo la riserva di legge fu tutelata anche come garanzia sostanziale. Determinante, tra gli altri, fu il contributo di J. Rousseau, il quale ritenne che le caratteristiche della legge, ossia la sua generalità e la sua astrattezza, rappresentassero un avamposto di garanzie contro i possibili arbitrii del potere esecutivo e del potere giudiziario. Da un lato, allontanando la tentazione di introdurre indebite discriminazioni soggettive, la generalità della legge, in quanto rivolta ad un numero indeterminato di destinatari, venne considerata la caratteristica più idonea ad assicurare l'uguaglianza. Dall'altro lato, la formulazione astratta della fattispecie criminosa (definita anche come «*generalità nel tempo*»⁶) venne ritenuta condizione di stabilizzazione delle aspettative, mettendo al riparo la fonte penale dal rischio di frequenti modificazioni e dall'insidia della caducità del tempo. Dato che si è liberi solo se tutti sottostanno alle stesse regole – oggettive e *super partes* come le leggi di natura –, gli illuministi concordarono in varia guisa nell'esaltare le qualità della generalità e dell'astrattezza delle leggi positive. È in questo senso, che si continua ad associare questo periodo

⁵ V. J. LOCKE, *Two treatises of government*, 1689, ed. it. Torino, 2010.

⁶ G. ZAGREBLESKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 33.

storico al “mito” della legalità, all’“Arcadia” o “Age d’or” della legalità⁷.

Le elaborazioni gius-illuministiche trovarono consacrazione formale nella *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789, contenente una solenne elencazione di diritti fondamentali dell’uomo e del cittadino⁸. Nella prospettiva di un inserimento nella futura Costituzione e nell’ottica del passaggio dalla monarchia assoluta dell’*Ancien Régime* ad una monarchia costituzionale, la legge venne concepita come l’espressione libera della *volonté générale* che, in quanto tale, non può che ordinare ciò che è giusto e utile per la società (art. 4), proteggendo la libertà pubblica ed individuale contro l’oppressione del governo (art. 9). Nella *Déclaration* trovò naturalmente riconoscimento anche il principio di irretroattività, ormai consacrato dal giusnaturalismo inglese, in base al quale si stabilì che «*nul ne doit être jugé et puni qu’après avoir été entendu ou légalement appelé, et qu’en vertu d’une loi promulguée antérieurement au délit*» (art. 14). Pochi anni più tardi, nel 1791, il principio della riserva di legge e dell’irretroattività trovano riconoscimento anche nella prima Costituzione francese, a carattere rigido⁹.

1.4. Il ruolo della giurisprudenza nel passaggio dall’*Ancien Régime* all’*Illuminismo*

La tutela della legalità ed, in particolare, la proclamazione del principio della riserva di legge poneva in primo piano il problema del rapporto tra legge e giudice.

Nelle monarchie europee dell’*Ancien Régime*, i giuristi non si limitavano ad applicare norme precostituite, ma partecipavano fattivamente alla formazione delle leggi, dalla fase della redazione (come, ad esempio, fecero in Francia i *maîtres des requêtes*) a quella dell’interpretazione, attraverso costanti interventi di “manutenzione”, che sarebbero stati interdetti sul piano legislativo dalla fissità assiologica-

⁷ Le espressioni “Arcadia” o “age d’or” della legalità penale sono di A. GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99.

⁸ In base all’art. 8 della *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* del 1789, «*nul ne peut être puni qu’en vertu d’une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée*».

⁹ Si stabilì che «*nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge, e secondo le forme da essa prescritte*» (art. 7) e che «*la legge deve stabilire soltanto pene strettamente ed evidentemente necessarie e nessuno può essere punito se non in virtù di una legge stabilita e promulgata anteriormente al delitto, e legalmente applicata*» (art. 8).

normativa del diritto. Si pensi anche allo strumento delle “sentenze regolamentari” (gli *arrêts de règlement*), attraverso cui l’alta magistratura pronunciava delle sentenze ad efficacia generale e vincolanti per il futuro. Attraverso tali provvedimenti, giurisdizionali solo in apparenza, la magistratura poteva “adeguare” la legge, permettendo un adattamento continuo con la realtà.

Anche grazie all’influenza di Montesquieu, il quale nella sua celebre opera *«L’esprit des lois»* (1748) definì l’attività interpretativa dei giudici come mera *bouche de loi*, l’ideologia rivoluzionaria incise drasticamente sul ruolo della giurisprudenza. Eletta democraticamente con funzioni a tempo determinato, la magistratura francese fu posta sotto lo stretto controllo di Commissari, nominati dal Re, ai quali spettava una funzione consultiva, oltre che il compito di vigilare sull’osservanza delle leggi nelle sentenze. Concepita come una sorta di *longa manus* del potere legislativo, la magistratura si vide preclusa la possibilità di emettere sentenze vincolanti, in ossequio al brocardo *non exemplis, sed legibus iudicandum est*.

Con decreto 27 novembre 1790, fu istituito il *Tribunal de cassation*, in sostituzione del *Conseil des parties*. A tale organo, venne affidata la funzione di sorvegliare il potere giudiziario, assicurando l’uniforme applicazione delle leggi, così come insindacabilmente dettate dal legislatore, in modo da scongiurare possibili applicazioni “ortodosse” ad opera dei giudici. Alla Cassazione venne espressamente vietato l’esercizio del potere interpretativo (artt. 10-11 del Decreto sull’organizzazione giudiziaria, agosto 1790). Tale divieto è emblematico della concezione illuministica fondata sul mito dell’applicazione sillogistica della legge, sulla base del presupposto razionalistico secondo cui la legge sarebbe senz’altro completa ed auto-sufficiente e che al giudice spetti solo il compito di applicarla meccanicamente. In altre parole, si ritenne che la legge potesse fornire sempre una ed una sola interpretazione corretta (*richtig*) e che l’esattezza della decisione giuridica (*Richtigkeit*) trovasse il suo fondamento nella legge stessa, «come se, con una pura attività razionale e nelle condizioni date, si potesse compiere la scelta esatta rispetto al diritto positivo ad esso conforme»¹⁰.

Tale concezione della legge rispecchia l’orgoglio ed al contempo i timori politici del legislatore illuminista. Espressione dell’orgoglio della ragione, perché si basò sulla convinzione che l’opera di codificazione potesse creare leggi chiare e compiute, in grado di disciplinare in modo

¹⁰H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, trad. it. Mario Losano, 384 ss.

certo tutte le controversie, con conseguente esclusione non solo della possibilità di lacune, ma addirittura dell'eventualità di dubbi interpretativi. Ma, al contempo, espressione anche del timore che, una volta formulate leggi così perfette, un potere indipendente potesse interpretarle secondo gli interessi delle vecchie classi dominanti. Perciò, con l'affermazione della tesi della completezza della legge, si negò in radice l'esistenza del problema interpretativo/applicativo. Nell'esercizio della loro funzione giurisdizionale, i giudici non avrebbero dovuto far altro che applicare una legge – già “preconfezionata” – ai casi concreti, senza che ciò determinasse né una modifica (risultato *a fortiori* da rigettare), né una mera precisazione della legge. Fu vietata qualsiasi opera di “adattamento” al caso concreto, in quanto, per utilizzare le parole di Voltaire, “interpretazione” è sinonimo di “corruzione”¹¹ del testo.

Tuttavia, pur avendo escluso il potere interpretativo della Cassazione, si stabilì che, in caso di dubbio sull'applicazione di una legge, il *Tribunal de cassation* avrebbe dovuto sottoporre la questione al Parlamento (c.d. *référé législatif*)¹². All'organo legislativo, dunque, fu affidato il compito di risolvere il dubbio interpretativo, attraverso l'emaneazione di un *décret déclaratoire de la Loi*, vincolante *erga omnes*. Con l'istituto del *référé législatif*, i Costituenti francesi, a dispetto della dichiarata autosufficienza della legge, ammisero implicitamente il problema dell'interpretazione e riconobbero che l'applicazione delle norme non fosse un fatto puramente meccanico. L'eventuale difetto di evidenza ed univocità di significato del dato letterale della legge, tuttavia, fu prospettato come un caso eccezionale, rispetto al quale si sarebbe rivelato sufficiente l'intervento *ad hoc* del legislatore (e non il capillare contributo esplicativo dei giudici).

1.5. *La formulazione degli altri corollari: il principio di precisione e di determinatezza ed il divieto di analogia*

Nell'ambito dell'evoluzione del principio illuministico di legalità, C. Beccaria contribuì all'elaborazione di un ulteriore corollario: il principio di precisione, come garanzia dei cittadini contro i possibili arbitrii dei giudici. Nella sua opera fondamentale – “*Dei delitti e delle pene*” (1764) –, egli sottolineò, in sintonia con le riflessioni della

¹¹ VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, 1764, trad. it. a cura di M. Bonfantini, 1968, 442.

¹² Tale istituto, invero, riscosse scarso successo, tanto da essere abolito a distanza di pochi anni.

Scuola dell'esegesi, la necessità che le leggi fossero formulate in modo chiaro e preciso, perché altrimenti si sarebbero prestate ad essere interpretate ed alterate dai giudici. L'interpretazione e, soprattutto, il ricorso allo “spirito della legge” – piuttosto che al dato letterale – avrebbero comportato per il cittadino un grave stato di incertezza. Alla sfiducia verso l'attività interpretativa del giudice ed, *a fortiori*, al rifiuto della produzione giudiziale del diritto, considerata fonte di sperequazioni, si contrappose l'utopia di un diritto “giusto” e prevedibile, costituito da un numero ridotto di leggi semplici e facilmente identificabili dai consociati. «Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de' cittadini», quest'ultimi acquistano sicurezza e «non sono soggetti alle piccole tirannie di molti»¹³.

Le riflessioni di Beccaria sul principio di precisione vennero riprese agli inizi dell'800 anche dal giurista tedesco A. v. Feuerbach, il quale intuì il collegamento con le finalità della pena ed individuò altri due corollari: il divieto di analogia ed il principio di determinatezza. Se v. Feuerbach fu chiaramente ispirato da Beccaria nella formulazione del principio di determinatezza, per quanto riguarda, invece, il divieto di analogia, significativi furono i richiami al pensiero giusnaturalistico di v. Leibniz, il quale sostenne la teoria della completezza del diritto, sul presupposto che un sistema razionale avrebbe dovuto essere privo di lacune.

Il contributo più significativo di v. Feuerbach, che trovò espressione nel Codice penale bavarese del 1813, fu quello di ancorare il fondamento politico-criminale dell'irretroattività, non solo all'esigenza di certezza giuridica e di libertà, ma anche alla funzione c.d. general-preventiva della pena. Secondo il giurista tedesco, solo una norma già esistente al momento del fatto può svolgere la funzione di orientare il comportamento dei consociati, come strumento preventivo di dissuasione. Nel pensiero di v. Feuerbach è possibile scorgere le legame, compiutamente teorizzato solo successivamente, tra irretroattività e colpevolezza: la previa esistenza della norma incriminatrice costituisce una condizione imprescindibile affinché sia possibile ipotizzare un atteggiamento “colpevole” del soggetto agente.

1.6. *Eredità dell'Illuminismo tra proclamazioni solenni ed attuazione pratica*

Paradigmatica del modello illuministico è la tendenza ad anco-

¹³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, ed. 1987.