

# Studi di diritto penale costituzionale ed europeo

Diretta da R. Bartoli, S. Manacorda, V. Manes  
M. Pelissero, C. Piergallini, L. Riscato  
A. Vallini, F. Viganò

Sezione I  
**Monografie**

Alessandra Santangelo

# Precedente e prevedibilità

Profili di deontologia ermeneutica  
nell'era del diritto penale giurisprudenziale



**Giappichelli**

## INTRODUZIONE

L'esigenza di rinsaldare la certezza del diritto nella sfera punitiva non è più (solo) un mantra che riecheggia nei contributi della letteratura di settore o nelle pronunce maggiormente sensibili ai profili di garanzia. Sono le più alte sfere istituzionali a ribadire, con una certa urgenza, che i cittadini non «devono avvertire timore per il rischio di decisioni arbitrarie o imprevedibili che, in contrasto con la certezza del diritto, incidono sulla vita delle persone»<sup>1</sup>. Il dibattito sulla rispondenza della “nuova” legalità penale al paradigma costituzionale continua, purtroppo, a non trovare soluzione<sup>2</sup> e costringe a misurarsi con rimedi puntuali, che si dimostrino capaci di preservare l'intellegibilità degli strumenti penali pur nell'era del diritto giurisprudenziale.

Al cospetto della materia punitiva, del resto, lo scenario è tutt'altro che roseo. La crisi della concezione tradizionale del *nullum crimen*, è noto, ha comportato l'istaurarsi di una nuova fase che ha stravolto funzione e fondamento del potere giudiziario, «spint[o] a uscire dal terreno del controllo [...] per addentrarsi in quello della mediazione e della regolazione del conflitto sociale»<sup>3</sup>. Stretto nelle spire di costanti pressioni esterne e interne, il legislatore penale si è raramente dimostrato all'altezza del compito assegnato dalla Carta fondamentale, spesso indugiando in riforme irrazionali se non, addirittura, delegando al giudice rilevanti decisioni di politica criminale. Il numero di fattispecie incriminatrici, del resto, ha subito un'impennata tanto esponenziale – alimentata, in particolare, dalla legislazione complementare e da imperscrutabili tecniche del rinvio – da convincere gli indecisi sull'opportunità di introdurre il principio di riserva di codice,

---

<sup>1</sup> Così, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella nel messaggio al Parlamento pronunciato in occasione del giuramento, il 3 febbraio 2022.

<sup>2</sup> Ibid., statuendo la necessità di far «recuperare appieno prestigio e credibilità alla funzione giustizia, allineandola agli standard europei».

<sup>3</sup> M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione “conforme a”*, in *Federalismi web*, 8 agosto 2007, 3824.

nel tentativo di contrastare la pressione esercitata da un diritto penale totale<sup>4</sup>.

Chiamata a un vero e proprio ruolo di supplenza<sup>5</sup>, l'attività ermeneutica ha finito per rappresentare una sorta di «interpretazione autentica» delle fattispecie incriminatrici<sup>6</sup>, indispensabile per riconoscere la qualificazione giuridica di ciascun fatto penalmente rilevante. Così, nel descrivere la fattispecie di *stalking*, una delle testate a maggior diffusione nazionale si sforza di ricostruire la casistica giurisprudenziale<sup>7</sup>, tracciando attraverso le pronunce della Cassazione il perimetro della «tipicità postuma»<sup>8</sup>. Alla crescente responsabilità istituzionale, che grava sulla posizione del giudice, però, non sempre corrisponde l'esercizio prudente e misurato del potere punitivo, degenerato – in ipotesi purtroppo non isolate – in inneschi impropri dell'azione penale (*overprosecution*)<sup>9</sup> così come in sempre più evidenti squilibri sanzionatori (*oversentencing*)<sup>10</sup>.

Muovendo da tali considerazioni, non stupisce il rilievo acquisito dalla prevedibilità dell'azione punitiva, sotto l'egida dell'approccio sostanzialistico caldeggiato a livello sovranazionale. Ne è derivata, certo, una maggiore consapevolezza rispetto al contributo conformativo del giudice e, per l'effetto, una spiccata attenzione all'interpretazione delle norme incriminatrici. Nondimeno, la salvaguardia dello spirito garantistico della legalità non riesce a tener conto dei profili marcatamente politici: il potere giudiziario, in particolare, rimane estraneo al circuito democratico, privo di responsabilità nei confronti della comunità di ri-

<sup>4</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 23 ss.

<sup>5</sup> F. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 360, osservando l'A. come tale ruolo di supplenza abbia finito per condizionare non solo il metodo di risoluzione delle controversie bensì la stessa *forma mentis* dei giudici.

<sup>6</sup> A. CADOPPI, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, agg., 2017, in ptc. 425.

<sup>7</sup> Il riferimento è all'articolo di Selene Pascasi, *Il confine tra amore e persecuzione. Se il corteggiatore pressante si trasforma in uno stalker*, pubblicato su *Il Sole 24 Ore*, il 24 febbraio 2022.

<sup>8</sup> F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, cit., 45.

<sup>9</sup> V. MANES, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022, 59, 95 ss. Sul punto, si rinvia a N. MAZZACUVA, *Il diritto penale "massimo" tra incremento dei tipi punitivi e "addizioni" giurisprudenziali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Cassazione e legalità penale*, Roma, 2017, 312.

<sup>10</sup> Con riguardo alla necessità di calibrare la sanzione punitiva in ragione del concetto retrospettivo di proporzionalità, in quanto portatore di «una significativa *capacità di rendimento* quale criterio limitativo della potestà punitiva statale», F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, in ptc. 122 (corsivi originali).

ferimento. Ciò non bastasse, le strettoie imposte tanto dal *thema decidendum* quanto dai tempi del processo penale non consentono di elaborare soluzioni che diano conto di una qualche visione di sistema ma, al più, prospettano rimedi parziali, distanti dalla coerenza che dovrebbe caratterizzare l'esercizio dell'azione punitiva<sup>11</sup>. Al fine di preservare le peculiari prerogative della sfera penale, quindi, si avverte l'urgenza di intervenire «nel seno del diritto»<sup>12</sup> e razionalizzare gli equilibri che caratterizzano tale “nuova” legalità.

Qualora s'intenda prendere in esame alcuni rimedi utili a implementare la prevedibilità del diritto punitivo, tuttavia, sembra da condividere la tesi secondo cui non è possibile intervenire sul solo fronte istituzionale<sup>13</sup>. Le fasi in cui il comando normativo è interpretato e attuato, infatti, rappresentano uno snodo essenziale per identificare la norma incriminatrice e definire i rapporti *in action* tra formante giurisprudenziale e fonti legislative<sup>14</sup>. Sembra, piuttosto, che entrambi i profili debbano “procedere nello stesso senso”: solo attraverso i necessari correttivi sul piano istituzionale è possibile razionalizzare il procedimento ermeneutico<sup>15</sup> e, viceversa, l'individuazione di puntuali canoni interpretativi agevola il riordino in chiave sistematica dell'azione punitiva, consentendo all'individuo libere scelte di azione.

---

<sup>11</sup> Quanto al mutamento di prospettiva sotteso alla ricerca non più di una verifica di conformità alla fattispecie legislativa bensì di coerenza rispetto a un determinato principio regolativo, F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Torino, 1999, 8.

<sup>12</sup> G. DELITALA, *La crisi del diritto nella società contemporanea*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 641, ove l'A. precisa che «nonostante gli errori che abbiamo commesso in passato e che commetteremo sicuramente in avvenire, ci arride tuttavia la certezza di riuscire a superare la crisi nel seno del diritto. Solo se questa fede si manterrà salda, lo Stato potrà sopravvivere; se vacilla sarà certo ancora una volta il trionfo della violenza».

<sup>13</sup> In questo senso, si veda F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3, 2020, 1255, nonché R. BARTOLI, *Le garanzie della “nuova” legalità*, in *Sistema penale*, 3, 2020, 180.

<sup>14</sup> Emblematiche, al riguardo, le parole di Tullio Padovani, secondo cui «[i] contributo più significativo che la dogmatica può offrire alla costruzione del sistema giuridico non sta infatti nell'edificare un mondo normativo *a priori*, ma nell'assumere la norma applicata come il proprio oggetto di partenza, impostando così, rispetto all'ermeneutica giudiziale, una sorta di “metaermeneutica”, articolata in una critica, in un'assiomatica e, infine, in una politica dell'ermeneutica: la prima volta a saggiare la tenuta logica dei meccanismi applicati; la seconda diretta a identificarne il fondamento deontologico; la terza, infine, a suggerire, sulla base delle due precedenti, le correzioni di rotta necessarie e possibili»: ID., *Il confine conteso. Metamorfosi dei rapporti tra concussione e corruzione ed esigenze “improcrastinabili” di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4, 1999, 1303 s.

<sup>15</sup> Così, già A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano*, in *Indice pen.*, I, 1998, 99.

Per organizzare il lavoro, allora, assume particolare rilievo la reciproca contaminazione tra l'ordinamento italiano e il modello di *common law*, a maggior ragione se si considera la graduale assimilazione indotta dai condizionamenti di stampo sovranazionale. Non manca, del resto, chi riconosce nel vincolo "relativo" imposto alle sezioni semplici della Corte di cassazione *ex art. 618, co. 1-bis, c.p.p.*, riprova della diffusione di una cultura del precedente<sup>16</sup> quale strumento che consenta di ordinare, in termini ragionevoli, il diritto giurisprudenziale<sup>17</sup>. Seguendo il percorso tracciato dalla dottrina più attenta a questi temi<sup>18</sup>, sembra utile proseguire la ricerca in prospettiva comparata nel tentativo, da un lato, di carpire quegli aspetti che, compatibili con il profilo costituzionale del *nullum crimen*, possano contribuire alla prevedibilità del diritto punitivo nel nuovo assetto predisposto per il giudice di legittimità; dall'altro, definire ragioni e limiti di una deontologia ermeneutica che agevoli la coesistenza, un tempo impensabile, tra cultura del precedente e riserva di legge.

In via preliminare, quindi, è utile esplorare i diversi momenti in cui è possibile declinare il rapporto tra legislatore e interprete nella dialettica tra formalismo e anti-formalismo, così da passare in rassegna gli snodi principali che hanno portato alla soluzione di sintesi bilanciata nel testo costituzionale<sup>19</sup>. La ricostruzione dei cardini su cui poggia il principio di legalità nella Carta fondamentale, invero, rende ancor più evidenti gli aspetti problematici che hanno caratterizzato i più recenti sviluppi dell'interpretazione penale non solo riguardo alle giurisdizioni di merito, bensì rispetto allo stesso giudizio di legittimità. Presa contezza della dimensione caotica del formante giurisprudenziale, s'intende sviluppare l'indagine sui due binari, idealmente paralleli, istituzionale e

---

<sup>16</sup>Del resto, «si direbbe perfino un pensare alla seconda potenza» il compito del giudice che si risolve nel criticare un giudizio precedente: F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 41.

<sup>17</sup>Quanto all'utilità di un'analisi comparata, si veda R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia: sguardo comparato alla funzione "politica" delle Corti di legittimità*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2017, 2599, precisando l'A. che «[n]essuno è tanto ingenuo da illudersi che le soluzioni processuali e organizzative funzionanti in un ordinamento vadano bene per l'altro. È però innegabile che certe buone idee affiorino alla coscienza osservando modelli diversi da quello che abbiamo quotidianamente sott'occhio».

<sup>18</sup>Non si può che citare l'opera, di cui la presente indagine è fortemente debitrice, A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, nella prima versione del 1999, riedita nel 2014.

<sup>19</sup>Quanto alle influenze che "il più formale dei principi garantistici" subisce da parte del contesto sociale, politico e istituzionale di riferimento, F. PALAZZO, voce *Legalità (dir. pen.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, IV, 2006, 3382.

interpretativo, così da scongiurare il rischio che le carenze del paradigma attuale siano risolte, in via definitiva, attraverso la radicale sostituzione del giudice con una “*machina sapiens*”<sup>20</sup>.

La parte seconda dell’indagine, quindi, prende le mosse da una ricognizione dei principali assetti organizzativi che consentono alla dottrina dello *stare decisis* di esplicitarsi nel rispetto del *rule of law* e della separazione tra poteri. Dovendo selezionare gli ambiti di riferimento, la scelta insiste sul paradigma inglese nonché sul sistema statunitense, che rappresenta manifestazione tanto ibrida quanto vivace dell’archetipo di *common law*. Assumono, quindi, rilievo le strategie che ordinano il potere giudiziario, con particolare riguardo ai tribunali di vertice, così come i criptotipi che riguardano i percorsi di formazione del ceto dei giuristi, la fiducia nell’autorevolezza del sistema giustizia, lo stile argomentativo seguito dalle più alte Corti. Al fine di trarre insegnamenti utili per il giudizio di legittimità, la ricerca s’incentra sugli strumenti a disposizione dei tribunali superiori per far fronte alla necessità di mutamenti interpretativi<sup>21</sup> nonché per risolvere contrasti sincronici, considerando la (eventuale) distinzione tra fattispecie statutarie e giurisprudenziali.

Se si ammette che “la libertà non trova rifugio nella giurisprudenza del dubbio”<sup>22</sup>, la prudenza con cui il giudice penale di *common law* procede a *overruling* – tenendo conto delle criticità che si pongono in prospettiva sistematica e individual-garantistica – contraddistingue una sensibilità, anzitutto, culturale, da condividere nella misura in cui non si voglia ridurre la nomofilachia a «uno dei tanti *idola theatri*»<sup>23</sup>. Presupposto indispensabile per raggiungere un simile obiettivo, però, è il carattere rarefatto delle sentenze delle giurisdizioni di vertice. Il numero di ricorsi, in particolare, deve risultare proporzionato non solo al carico di lavoro esigibile dai singoli collegi bensì alla stessa possibilità di

---

<sup>20</sup>G. CANZIO, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, 798, in riferimento al modello forte di intelligenza artificiale applicata al processo penale.

<sup>21</sup>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. RAMPONI-L. RISICATO (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, 2016, 215 s.

<sup>22</sup>Così, in particolare, l’*opinion* di Justice O’Connor, seguita da Justice Kennedy e Justice Souter, in *Planned Parenthood v. Casey* 505 US 833 (1992).

<sup>23</sup>G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2021, 100, osservando gli A. come la nomofilachia delle Sezioni Unite sia stata – per l’appunto – «irrisa dai non pochi casi in cui, su uno stesso problema interpretativo, decisioni contrastanti delle Sezioni Unite si susseguono anche in un breve arco di tempo».

conoscere in termini effettivi, quanto meno da parte degli operatori del settore, la *ratio decidendi* destinata a plasmare le fattispecie incriminatrici<sup>24</sup>.

Vero è che la razionalizzazione della «funzione “politica” delle Corti di legittimità»<sup>25</sup> rafforza la conoscibilità del precetto e agevola, pur in un contesto scettico, i rapporti con i custodi della Costituzione<sup>26</sup>. Ciò nondimeno, il processo di semplificazione del diritto vivente prescinde dalla correttezza dell’interpretazione consolidata. In altri termini, nel tentativo di bilanciare il rapporto legge-giudice, si rischia, al contrario, di acuire il disequilibrio a tutto vantaggio del ramo giudiziario<sup>27</sup>. Si presenta, allora, il bisogno di individuare soluzioni di compromesso tra la continuità del diritto prestabilito (*settled*) e l’innovazione imposta dalla ricerca di un risultato giusto (*right*)<sup>28</sup>. È in questa prospettiva che appare opportuno calibrare gli aspetti sistematici, intervenendo altresì su profili spiccatamente ermeneutici. La definizione di un percorso comune – che cadenza attraverso indicatori di metodo condivisi le fasi del sillogismo giudiziale – può ridurre i conflitti interpretativi, consolidando la stabilità del precedente e, al contempo, assicurando il rispetto delle garanzie imposte a livello costituzionale.

La terza parte dell’indagine, pertanto, approfondisce il momento interpretativo attraverso lo studio dei canoni ermeneutici e della funzione che esercitano, o potrebbero in futuro esercitare, per implementare il livello di trasparenza dell’*iter* argomentativo seguito dal giudice penale. Conservando le lenti della comparazione, desta particolare interesse il

---

<sup>24</sup> Del resto, non si deve tralasciare che «[l]a legislazione penale non fa eccezione: leggi penali senza diritto non hanno esistenza giuridico-sociale, sono parole scritte su carta, *paper rules*. La norma legislativa penale non è una proposizione ‘chiusa’ di logica formale isolata dall’ordinamento, dalla quale semplicemente dedurre o prevedere conseguenze a tavolino: vive la vita del diritto come un essere biologico»: M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 3, 2019, 64 (corsivi originali).

<sup>25</sup> R. ORLANDI, *Rinascita della nomofilachia*, cit., 2596 ss.

<sup>26</sup> Con riguardo alla possibilità di scoraggiare attraverso il riequilibrio della dottrina del diritto vivente ipotesi di creazionismo “libero”, nascoste sotto il velo dell’interpretazione costituzionalmente conforme, si veda V. NAPOLEONI, *L’onere d’interpretazione conforme*, in V. MANES-V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, 106.

<sup>27</sup> F. PALAZZO, *Legalità penale, interpretazione ed etica del giudice*, cit., 1255.

<sup>28</sup> Sul punto, si consideri, con particolare riguardo all’ordinamento statunitense, R.J. KOZEL, *Settled Versus Right. A theory of Precedent*, Cambridge, 2017, *passim*. Quanto, invece, al “diritto di resistenza” quale «comportamento più altamente giuridico, per riportare la legge al diritto, la legge di Creonte al *nómos* di Antigone», G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino, 2018, 357.

dibattito fiorito di recente nel contesto statunitense in riferimento alla valorizzazione della *rule of lenity*, ossia della regola che stabilisce un criterio di priorità per risolvere i “ragionevoli dubbi” riferibili all’incertezza del dato testuale. A fronte delle oscillazioni cui è stata esposta la dottrina dello *strict constructivism*, infatti, parte della letteratura ha, da tempo, osservato che i modelli deboli – che riservano l’intervento della regola di *favor libertatis* ad accadimenti del tutto residuali – non sono stati in grado di fronteggiare le peculiari criticità di un sistema punitivo in affanno a causa di un eccessivo numero di reati nonché di forme aberranti di esercizio dell’azione penale o della minaccia sanzionatoria. Sulla scorta di un maggior interesse per i canoni ermeneutici ereditato dalla tradizione testualista, la *rule of lenity* incontra il favore non solo di parte della dottrina e della giurisprudenza federale, bensì di alcune legislazioni statali che hanno espressamente codificato tale regola al fine di rafforzare la riconoscibilità del precetto penale e la separazione tra poteri.

Senza incorrere nell’ingenuità di guardare a detto rimedio puntuale – utile esclusivamente in riferimento a determinate controversie interpretative – come una panacea per tutti i problemi del rapporto legge-giudice, non sono, però, da tralasciare i benefici che comporta sia a tutela delle garanzie della persona sia sul piano istituzionale. Al riparo dal pericolo di sottrarre il diritto «alla forza trasformatrice del dubbio»<sup>29</sup>, infatti, l’atteggiamento cauto del potere giudiziario potrebbe rappresentare una spinta considerevole per innalzare la qualità delle formulazioni legislative e riportare il Parlamento al centro della politica criminale, quanto meno rispetto all’assunzione di responsabilità per le scelte compiute – oppure omesse – in materia penale. Suggestivo per far fronte a problematiche affini a quelle che perseguitano la giustizia penale italiana, l’istituto della *rule of lenity* sembra, quanto meno, degno di considerazione quale alleato da affiancare alle strategie qualificate di prevedibilità del precedente, così da preservare nel contesto della “nuova” legalità l’impronta garantistica imposta dalla Costituzione.

---

<sup>29</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, I, Torino, 1990, 69, ove l’A. osserva che non sussiste un diritto oggettivo assolutamente corretto o valido con cui verificare o falsificare le diverse interpretazioni e, quindi, «mancando la pietra di paragone che possa troncare la discussione, si comprende come l’interpretazione sia intimamente soggetta a pressioni del più vario genere (che si esprimono attraverso il “dubbio” interpretativo) e come l’idea della e (in certi momenti storici) l’aspirazione alla certezza assoluta nell’interpretazione siano sempre rovinate su se stesse. I giuristi debbono dunque rassegnarsi: il loro oggetto sfugge continuamente di mano perché nessuno può fermare il diritto, sottraendolo alla forza trasformatrice del dubbio».

L'auspicio, allora, è quello di raccogliere qualche considerazione utile per correggere la rotta e assicurare il *nullum crimen* ai parametri costituzionali, evitando che il confine tra giudice penale e legislatore finisca per confondersi come l'acqua nell'acqua<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Per richiamare l'immagine di Jorge Luis Borges che compare nel racconto sulla morte surreale di don Pedro Damián (*L'Aleph*, Milano, 2020, 76).

PARTE I

**IL PERCORSO EVOLUTIVO  
NELLA DIREZIONE  
DI UNA “NUOVA” LEGALITÀ PENALE**



## CAPITOLO I

# GENESI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. La *scientia iuris* come «diritto letterario». – 1.2. I tribunali supremi nel periodo pre-unitario. – 2. L'illuminismo giuridico e la dottrina dei poteri. – 2.1. Beccaria e la teoria dell'interpretazione: la falsa ingenuità del sillogismo. – 2.2. Il rifiuto della giurisprudenza come fonte e l'ostracismo nei confronti di ogni attività interpretativa. – 3. Il positivismo giuridico e l'emersione della tipicità come testata d'angolo del *nullum crimen*. – 4. Il tecnicismo giuridico e la concezione del *nullum crimen* nel codice Rocco. – 5. Le prime incrinature sulla mineralogia del *Tatbestand*. – 5.1. Il “risveglio della coscienza” ermeneutica – 5.2. Il realismo giuridico nel contesto statunitense.

### 1. Premessa

Al fine di indagare l'evoluzione del principio di legalità attraverso il prisma del rapporto tra giudice penale e legislatore, sembra opportuno passare in rassegna il ruolo assegnato, attraverso i secoli, al diritto giurisprudenziale, così da mettere in luce alcuni spunti utili per avviare lo studio sulla funzione istituzionale e sui compiti riservati all'interprete nella materia penale. Emerge, infatti, fin dall'antichità<sup>1</sup>, l'alternativa tra

---

<sup>1</sup> Sul rilievo che occorre riconoscere al diritto antico giacché «a quel tempo gli uomini vedevano il diritto nel suo organico nesso con la civiltà in senso largo»: W. JAEGER, *Le origini della filosofia del diritto e i Greci*, trad. E. Ruffini, in M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogia del diritto*, Milano, 2019, 11 s., ricordando l'immagine della giustizia riprodotta sul celebre scudo di Achille, infatti, si afferma che «[n]on si potrebbe trovare una più eloquente espressione della concezione omerica di una società umana fondata sulla giustizia. Omero non intese rappresentare qui un singolo atto di giustizia; piuttosto rappresentò la giustizia come un principio generale. E questa idea pervade l'intera epica. Quando Ulisse sbarca in un paese sconosciuto, egli si domanda con una certa ansia: “Chi saranno gli abitanti di questa terra? Saranno dei malfattori e dei selvaggi senza giustizia, oppure onoreranno lo straniero e temeranno gli dei?”». Nel processo di evoluzione del mondo greco, del resto, la giustizia compariva nei poemi epici come «linea di demarcazione tra la barbarie e la civiltà», saldamente racchiusa nelle mani dei re (*ivi*, 12).

la concentrazione del potere punitivo nelle mani del Principe e la sua diffusione in una pluralità di rivoli giurisprudenziali. Ciascuna ipotesi è tutt'altro che neutra e, piuttosto, comporta profonde implicazioni politiche i cui riflessi, come si avrà modo di osservare, condizionano il dibattito attuale sulla “nuova” legalità penale.

Procedendo per cenni, desta interesse il fatto che nella Grecia classica, a *dike* era affiancato il *nomos* quale legge scritta<sup>2</sup> per cui «il popolo d[oveva] combattere come per le mura della sua città»<sup>3</sup>; nondimeno, il magistrato rivestiva un ruolo centrale quale “giustizia vivente” o, meglio, “diritto vivente”: siccome «applica[va] la legge [era] quasi una incarnazione della giustizia»<sup>4</sup>, finendo per rappresentare sia gli aspetti positivi sia i malfunzionamenti del sistema. Similmente, nel mondo romano di età classica<sup>5</sup>, pur in presenza di un vincolo di subordinazione alla legge scritta, il pretore era *lex loquens*, dotato di precipui poteri di *interpretatio* tanto che la necessità di adeguare il comando normativo alle esigenze contingenti della collettività ben poteva giustificare la creazione di nuovo diritto<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Il primo significato di *nomos*, invero, riguardava non già la legge scritta bensì l'insieme di consuetudini che regolavano una data comunità: *ivi*, 21. Sul punto, si veda M. DONINI, *Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto*, in *Dir. pen. cont.-riv. trim.*, 3, 2019, 66 s., ove l'A. osserva che «le principali espressioni per esprimere la legge sono il più risalente θεσμός, significante o una statuizione di fonte divina, sacrale, o comunque una legge scritta. Invece, col termine νόμος, il *nomos* e i *nomoi*, la legge e le leggi hanno espresso per lungo tempo le norme consuetudinarie, o le leggi non scritte, magari geograficamente circoscritte oppure non poste autoritativamente dal di fuori del contesto di riferimento, perché invece immanenti, intrinseche, naturali. Dal V secolo a.C. i *nomoi* hanno cominciato a essere usati come termine per indicare anche le leggi scritte, e allora essi esprimevano anche il contenuto vincolante, i *mores* dentro alla *lex*, l'etica pubblica che vive dentro al testo».

<sup>3</sup> Eraclito, frammento 44, Diels, come riportato da M. CACCIARI-N. IRTI, *Elogio del diritto*, cit., 20.

<sup>4</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 142.

<sup>5</sup> Quanto, invero, alle differenze strutturali tra il modello greco e romano, si rinvia a quanto puntualmente osservato da Aldo Schiavone, secondo cui la ragione civile su cui si fonda l'idea stessa di Europa e di Occidente ha avuto corso «integrando al proprio interno due dispositivi: il paradigma di ascendenza greca della politica come sovranità popolare [...] e della legge uguale per tutti (il concetto di “isonomia”), e quello di derivazione strettamente romana del diritto come conformità a un sistema autocentrato di regole razionalmente definite»: ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017, 24.

<sup>6</sup> *Ibid.*, ove l'A. mette in luce il dualismo tra la legge, che è descritta da Cicerone come *mutus magistratus*, e il giudice che è *lex loquens* (*De legibus*, 1, 2). Emblematica, in tal senso, è la vicenda del crimine di *stellionatus* il quale consentiva di sanzionare quei comportamenti dolosi che non fossero riconducibili ad altre ipotesi tipizzate: per approfondire, si rinvia a E. VOLTERRA, *Stellionatus*, in *Studi sassaresi*, 7, 1929, 107 ss.

Tale assetto, tuttavia, si ribaltò in età postclassica quando il consolidamento del potere imperiale pretese che il *princeps* fosse *legibus solutus*. Ne derivava la necessità di riferire non più al magistrato bensì all'imperatore stesso l'epiteto di *lex animata*, identificandolo quale unico soggetto titolare di poteri correttivi e suppletivi nei confronti del testo di legge<sup>7</sup>. Sull'onda di un simile cambiamento, in età giustiniana, si raggiunse l'apice del progressivo confino del giudice all'attività di esegesi delle previsioni scritte, riservando al vertice politico il potere di intervenire direttamente per risolvere ambiguità o colmare eventuali lacune normative<sup>8</sup>. Ebbene, i caratteri di tale paradigma, che tende ad accentrare il potere sanzionatorio, acquistano particolare rilievo in ragione del ruolo che il diritto giustiniano ha esercitato per la rinascita del *ius commune*<sup>9</sup>.

### 1.1. *La scientia iuris come «diritto letterario»*

Cominciando a esplorare il modello di *civil law*, colpisce anzitutto che lo sviluppo del paradigma continentale abbia seguito un processo inverso rispetto a quello avviato oltremontana all'indomani della conquista normanna<sup>10</sup>. Mentre il diritto inglese ha trovato corso nel progressi-

---

<sup>7</sup> L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 145.

<sup>8</sup> In merito, invero, occorre ricordare che le origini dello stesso diritto romano affondavano in una pluralità di pareri – formulati dai giureconsulti al fine di risolvere controversie specifiche – tale da richiedere l'intervento della c.d. legge delle citazioni, prima, e della codificazione giustiniana, poi: M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma, 1994, 50. Per approfondire, invece, le assonanze tra gli albori del diritto romano e il modello britannico, si veda H.P. GLENN, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, Oxford, 2010, poi tradotto in italiano da S. Ferlito, Bologna, 2011, 228 ss.

<sup>9</sup> Quanto alla distinzione terminologica in relazione alla “diritto comune” da riferire nell'accezione latina al prodotto della prima elaborazione accademica che rielaborò il diritto giustiniano e, per contro, nel modello di *common law*, quale reazione alle norme consuetudinarie locali, applicate nei diversi feudi del regno normanno, si veda R.C. VAN CAENEGEM, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, 2002, 14. In argomento, si consideri, altresì, H. COING, *European Common Law: Historical Foundations*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspectives for a common law of Europe*, Firenze, 1978, 33.

<sup>10</sup> Si ritiene opportuno precisare fin d'ora che la ricerca comparata verrà condotta «come metodo, “integrato” nell'attività applicativa del diritto»: sul punto, M. DONINI, *I due paradigmi fondamentali della comparazione penalistica*, in A. SOMMA-V. ZENO-ZENCOVICH, *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2021, 285, precisando l'A. la possibilità di intendere in questa seconda accezione «la comparazione quale metodo di ricostruzione di verità o anche solo di nuclei concettuali trasversali, veri e apparenti, di

vo radicarsi dell'amministrazione plantageneta<sup>11</sup>, il *ius commune* si è insinuato tra le pieghe di una struttura pubblica debole<sup>12</sup>, ossia di un potere politico «incompiuto, [...] che non tendeva a controllare e disciplinare ogni manifestazione del sociale»<sup>13</sup>. Come puntualmente osservato, nell'alto medioevo, l'organizzazione politica si dipanava in una congerie di posizioni di potere, funzioni e classi sociali, fortemente distinte a seconda del contesto geografico di riferimento<sup>14</sup>. Ne derivava l'affastellarsi di una pluralità di consuetudini<sup>15</sup>, regole feudali, usi, privilegi, norme corporative, editti, fonti canoniche<sup>16</sup>, al cui confronto l'ordine sistematico del diritto romano, traghettato dal *Corpus iuris* giustiniano<sup>17</sup>, costituiva un riferimento cui non di rado gli avvocati e i

---

categorie e istituti, di dialogo scientifico, di soluzioni armonizzabili dei problemi strutturali regolati etc., con funzione anche valutativa e politica, non solo conoscitiva, ma comunque “applicativa”».

<sup>11</sup> Si tratta, a ben guardare, della conseguenza e, in certi termini, della reazione al pluralismo feudale come si approfondirà *infra* Parte II, cap. I, § 2.1.

<sup>12</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 2018, 169.

<sup>13</sup> P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, in ptc. nt. 4, nonché, per approfondire, ID., *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, ora in G. ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, 2011, 75 ss.

<sup>14</sup> R. DAVID-C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. sotto la direzione di R. Sacco, Padova, 2004, 32.

<sup>15</sup> Con riguardo alla transizione tra consuetudini germaniche e consuetudini locali, R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, trad. E. Bertucci, Bologna, 2003, 32, precisando che «dal XII secolo [...] vi era una tale frammentazione che all'interno di una stessa area le differenti zone confinanti, i distretti e talora anche singoli edifici potevano appartenere a diversi sistemi legislativi e ricadere sotto la competenza di diversi tribunali di *alderman* (anziani), *gilde*, feudatari, signori, decani rurali o *hundreds*».

<sup>16</sup> Come è stato puntualmente osservato, infatti, la legislazione «fino alla fine del XV secolo, muoverà tra rare costituzioni imperiali e decretali pontificie, statuti, ordinamenti, provvisori, capitoli, bandi, destinati a coprire piccole aree del penale sostanziale e zone appena più vaste di quello processuale. In più, anche là dove sarà organicamente e intenzionalmente prodotta, farà fatica a imporsi nei termini in cui noi oggi pensiamo a una legge e al suo vigore. Resterà subordinata alla 'giustizia' attribuito del Principe»: M. SBIRICCOLI, *Introduzione*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009, 9. Per approfondire, si rinvia a P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2017, 41 ss.

<sup>17</sup> Considerando il diritto romano recepito dai “sistemi romanisti originari” occorre principalmente fare riferimento al *Corpus iuris* come insegna R. SACCO, voce *Diritti dell'Europa continentale e dei sistemi derivati (Civil Law)*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 1, ove l'A. puntualizza che «l'elemento qualificante dei sistemi romanisti originari consiste nella combinazione di tre dati: a) storicamente, per secoli, i loro giuristi si formarono in università in cui il diritto insegnato era un estratto del diritto giustiniano e del diritto canonico; b) questo diritto insegnato, circondato da altissimo prestigio, è alla base storica dei modelli operativi

giudici del tempo si rivolgevano per argomentare sulle questioni più complesse<sup>18</sup>.

Gli studi che fiorirono nella Bologna del XII secolo, del resto, s'incentrarono proprio sul diritto romano<sup>19</sup>, riuscendo la scuola di Irnerio ad attualizzare svariati istituti del diritto giustiniano<sup>20</sup>. Forte delle conoscenze filosofiche, filologiche e logiche allenate nei secoli di studio delle Sacre Scritture, lo sforzo interpretativo compiuto entro le Università si distinse per la potenzialità "creativa", che portò a dedurre dal testo norme distanti dalla tradizione e dalla sensibilità della Roma imperiale<sup>21</sup>, donando nuova linfa a una disciplina che, altrimenti, sarebbe con ogni probabilità andata perduta<sup>22</sup>. Si diede, così, corpo non

---

(giurisprudenziale, legale); c) stante l'origine dotta della regola, quest'ultima tende a un'estensione media o massima, contrapposta alla estensione minore (casistica) della *rule of law* nei paesi di *common law*». In argomento, è stato puntualmente osservato come l'opera giustiniana abbia avuto, da un lato, il merito di salvare un patrimonio secolare, intellettuale e culturale, dal «buco nero che il collasso del mondo antico aveva aperto nel percorso dell'Occidente» e, dall'altro, pagava il prezzo di una drastica selezione e di modifiche apportate dagli stessi redattori bizantini: A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, cit., 22 ss. Quanto al dibattito circa l'opportunità di qualificare la compilazione giustiniana quale opera di codificazione o, piuttosto, di consolidazione, si rinvia a M. VIORA, voce *Consolidazioni*, in *Enc. it.*, XI, 1950, 210, optando l'A. per una «consolidazione integrale», e, di recente, M. DONINI, *Perché il codice penale. Le riforme del codice oltre i progetti di pura consolidazione*, in *Sistema penale*, 21 settembre 2020, 12, nonché ID., *Iura et leges*, cit., 68, osservando l'A. che il *Corpus iuris* rappresenta il tentativo di fondere *lex* e *ius* in un atto legislativo unitario.

<sup>18</sup> Al riguardo, si veda R.C. VAN CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, cit., 94 ss., ricostruendo diversi casi emblematici, tratti dalla prassi processuale del tempo, quanto all'uso persuasivo del diritto romano da parte degli operatori giuridici medioevali. Quanto, poi, al carattere "sacrale" ricondotto al diritto giustiniano in età medievale quale autorità metafisica cui riferirsi per accedere a «verità assolute, sovratemporalì, non soggette a discussione che il giurisperito aveva il compito di sviluppare in forma assiomatico-deduttiva secondo i dettami della logica aristotelica», si rinvia a L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 28.

<sup>19</sup> R. DAVID-C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., 33, ove gli A. sottolineano come le università che coltivavano studi giuridici fossero già al tempo improntate alla ricerca non del *Sein* bensì del *Sollen*.

<sup>20</sup> Quanto al diverso contributo di glossatori e commentatori, si veda W. ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cambridge, 2008, 86. Con riguardo al problema di legittimazione di un testo non solo da tempo non più vigente ma inerente a un ordinamento che – già in età medioevale – si era compreso essere andato perduto per sempre, si veda A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 172 s., ove si sottolinea come il vincolo imposto dai principi e dalle regole dell'antico diritto imperiale sia in buona parte da ricercare nell'autorevolezza dei dottori, capaci di persuadere i propri discepoli.

<sup>21</sup> *Ivi*, 174.

<sup>22</sup> W. ULLMANN, *Law and Politics in the Middle Ages*, cit., 97, ove l'A. tenta di ricostrui-

solo a uno tra i principali referenti del sapere giuridico del tempo<sup>23</sup>: lo sviluppo di una *scientia iuris*, almeno in parte, comune ha contribuito vieppiù al consolidamento del ruolo dell'accademia<sup>24</sup>. Particolarmente calzante, allora, è la sintesi secondo cui «il sistema giuridico romano-germanico *non è mai stato fondato altro che su una comunità di cultura*»<sup>25</sup>.

## 1.2. I tribunali supremi nel periodo pre-unitario

Procedendo ad ampie falcate sul tracciato che porta all'assetto attuale del paradigma di *civil law*, pare utile soffermarsi sul periodo che va dal XVI al XVIII secolo per richiamare un filone di studi particolarmente rilevante, che ha analizzato lo sviluppo del diritto giurisprudenziale<sup>26</sup> nell'Italia pre-unitaria<sup>27</sup>. In particolare, erano operativi una pluralità di organi giudiziari in forma collegiale nati, a partire dall'età

---

re quella che sarebbe stata l'evoluzione del diritto europeo continentale in assenza della Scuola bolognese, paventando l'imporsi di un modello di spiccata angolatura pragmatica molto vicino alla esperienza di *common law*.

<sup>23</sup> Con riguardo ai tratti essenziali della “famiglia romanista” come insieme di ordinamenti i cui giuristi «per secoli si sono formati in università in cui il diritto insegnato era un estratto del diritto giustiniano e del diritto canonico», si veda R. SACCO, voce *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 2 s. Il *Corpus iuris*, del resto, è secondo alcuni una delle principali fonti alla base della tradizione giuridica europea (cfr. *infra* Parte II, cap. I, § 1.3). Per contro, si è sostenuto che sussisteva un diritto comune europeo antecedente alla diffusione del *ius romanum medio aevi* (XI secolo), il quale piuttosto è stato responsabile del progressivo divario tra il modello di *common law* e *civil law*: M. LUPOI, *Alle radici del mondo giuridico europeo*, cit., 16. Quanto all'impatto dirompente della diffusione dei nuovi studi romanistici, Walter Ullmann riprende Maitland nel sostenere che «*Europe without Digest would not be the Europe that we know*»: ID., *Law and Politics in the Middle Ages*, cit., 53.

<sup>24</sup> M. SBRICCOLI, *Introduzione*, cit., 10 ss. Insieme alle norme scritte codificate, infatti, si diffuse una *communis opinio* sensibile alle peculiari esigenze della società del tempo: G. GORLA, *La «Communis Opinio totius Orbis» et la reception jurisprudentielle du droit au cours des XVI, XVII et XVIII siècles dans la «civil law» et la «common law»*, in M. CAPPELLETTI (a cura di), *New Perspectives for a common law of Europe*, cit., 49 s., secondo cui la *communis opinio* costituisce l'anima del diritto comune.

<sup>25</sup> R. DAVID-C. JAUFFRET SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., 32, ove gli autori precisano che il sistema giuridico su cui poggia il modello di *civil law* «[è] nato, ed ha continuato ad esistere, *indipendentemente da ogni altro disegno politico*» (corsivo originale).

<sup>26</sup> Quanto alla nozione di diritto giurisprudenziale (*Juristenrecht*) in rapporto con diritto dei giudici (*Richterrecht*), si veda M. DONINI, *Iura et leges*, cit., 79.

<sup>27</sup> G. GORLA, *La «Communis Opinio totius Orbis»*, cit., 52 ss.

intermedia, per una sorta di gemmazione dal Consiglio supremo del monarca, atteso che il numero crescente di ricorsi rendeva arduo per il sovrano pronunciarsi direttamente sui singoli casi<sup>28</sup>.

La diffusione di tali tribunali supremi è stata considerevole: «[i]n tutti gli Stati dell'Italia superiore, fossero retti a principato o a repubblica, troviamo al vertice dell'ordinamento giudiziario organi che si somigliano tra loro»<sup>29</sup>. Con il passare del tempo, però, il succedersi di precedenti giudiziari conformi finì per istituire, in relazione ai diversi contesti territoriali, limitazioni puntuali al potere del monarca, ricalcando il metodo seguito, quantomeno agli esordi, dal *common law*<sup>30</sup>. Particolarmente emblematico, in tale prospettiva, è il caso del Gran Ducato di Toscana ove i membri del collegio, che non concordavano con la posizione espressa dalla maggioranza, erano soliti depositare un'opinione scritta di segno contrario (voto di scissura) affinché ne fosse data notizia al di fuori della camera di consiglio<sup>31</sup>.

Le Corti supreme, peraltro, erano dotate di alcuni spazi di autoregolamentazione, conservando un certo margine di autonomia sui principali snodi processuali che regolavano l'attività delle loro aule. A tali organi giurisdizionali, quindi, è da ricondurre la creazione di una *communis opinio* non più basata sulle posizioni dei dottori universitari ben-

---

<sup>28</sup> Si trattava di tribunali i cui membri erano di regola selezionati tra gli esponenti di spicco del ceto forense; una pluralità di Corti supreme la cui funzione giurisdizionale si rivelò decisiva per lo sviluppo politico dei singoli regni giacché i magistrati – pur intervenendo come consiglieri del sovrano – costituirono un valido sostegno all'esercizio delle relative prerogative assolute. L'intervento regio rimaneva possibile, essendo la titolarità del potere giudiziario concentrata nelle mani del principe. Si rinvia, sul punto, a P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VI, *La Cassazione civile (Parte I)*, Roma, 2019, 212, 230 con particolare riguardo all'esperienza tedesca.

<sup>29</sup> *Ivi*, 215 e ss., riscontrandosi in termini tendenzialmente uniformi la possibilità di ricorrere per mezzo di supplica al sovrano avverso le decisioni dei tribunali supremi.

<sup>30</sup> G. GORLA-L. MOCCIA, *A 'Revisiting' of the Comparison between 'Continental Law' and 'English Law' (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, in *J. Legal Hist.*, 1981, 148. Lo studio, infatti, mostra come in Italia il succedersi di più pronunce di segno conforme fosse ritenuto idoneo a formare diritto vincolante; talvolta, addirittura, l'intervento di un'unica pronuncia poteva costituire riferimento privilegiato per le decisioni successive allorché fosse contraddistinta da una particolare autorevolezza – come nel caso del Sacro Regio Consiglio del Regno di Napoli o dei Senati nel Regno di Sardegna. D'altro canto, le decisioni del Sacro Regio Consiglio erano ordinate in raccolte ufficiali per consentirne la conoscenza e l'utilizzo nei giudizi successivi al pari di quanto avveniva – e avviene tuttora – nel Regno Unito (*ivi*, 150). Il radicarsi di tali esperienze di attivismo giudiziario, quindi, corrobora l'argomento secondo cui sussiste un sostrato – più articolato di quanto *prima facie* si possa pensare – comune al paradigma di *common law*.

<sup>31</sup> *Ivi*, 151, ove gli autori mettono in luce come la funzione del giudice andasse gradatamente a sostituire in termini di prestigio sociale quella dei dottori delle Università.

si sulla soluzione di singole controversie, ossia sul diffondersi della prassi giurisdizionale<sup>32</sup>.

La letteratura osserva, allora, come il diritto giurisprudenziale che prese corpo a partire dal XVI secolo abbia, in qualche modo, sfatato l'assunto secondo cui il ragionamento giuridico continentale si esaurirebbe nel metodo deduttivo giacché, all'epoca, le diverse corti seguivano prioritariamente un approccio induttivo, risolvendo la singola controversia a partire dalle peculiarità fattuali della vicenda contingente<sup>33</sup>. Cominciano, così, a delinarsi una pluralità di punti di contatto tra i sistemi di *civil law* e *common law* riguardo alla funzione dell'interprete e al metodo ermeneutico adottato. Tuttavia, mentre il Regno Unito ha conservato tendenzialmente immutato – perlomeno in termini formali – detto approccio nei secoli, il diritto comune europeo è stato in larga misura inciso dal pensiero illuminista, cedendo alla sistematica razionalista dell'età della ragione e agli interessi politici di cui essa si fece portatrice.

## 2. *L'illuminismo giuridico e la dottrina dei poteri*

A partire dal XVII secolo, si innalzarono in tutta Europa cori di critiche da parte dei più illustri pensatori del tempo contro le protervie innescate dall'assolutismo tanto che «gli intellettuali svol[sero] una funzione critica di opposizione, corale o conflittuale, e lo fecero sul terreno del penale, assegnandogli una centralità culturale e politica che il penale non perderà più»<sup>34</sup>. Raccogliendo gli insegnamenti del consensualismo contrattualistico, l'illuminismo disegnava il volto di un ordinamento, certamente, liberale e utilitarista ma non privo di «un'eti-

---

<sup>32</sup>G. GORLA, *La «Communis Opinio totius Orbis»*, cit., 54. I tribunali supremi, nondimeno, non sono certo da identificare con l'antecedente storico dell'attuale Corte di cassazione giacché questi replicavano il potere regio, quanto alla sovrapposizione tra funzione legislativa e giudiziaria, mancando quindi in termini logici e ontologici della possibilità di esercitare attività nomofilattica: P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VI, *La Cassazione civile (Parte I)*, cit., 225 ss., riscontrando l'A. maggiori similitudini, al più, con gli organi che esercitavano il potere giudiziario nello Stato pontificio per quanto riguarda, in particolare, il limite imposto alle valutazioni di merito.

<sup>33</sup>Quanto al carattere vincolante delle pronunce dei tribunali supremi nell'Europa continentale del XVI-XVIII secolo, si veda G. GORLA, voce *Precedente Giudiziale*, in *Enc. giur.*, Roma, XXIII, 1990, 4.

<sup>34</sup>M. SBRICCOLI, *Introduzione*, cit., 27.

cità dell'eguaglianza»<sup>35</sup>. In questo contesto, l'impronta del pensiero di Montesquieu si sostanziò, anzitutto, nell'invocare la separazione tra poteri quale basamento di un'architettura istituzionale antitetica rispetto al passato<sup>36</sup>. Nel momento in cui «la filosofia e la storia *decapita[ro]no l'antico diritto*»<sup>37</sup>, il formalismo della legge esclude che l'agire umano potesse essere guidato da entità divine o cosmiche<sup>38</sup> così che «la posizione di norme rientra[va] per intero nella volontà umana: la quale di[veniva] esclusiva e originaria fonte della legge»<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup>Di recente, considerando i condizionamenti di tale impostazione sull'evoluzione del diritto penale nonché l'attuale distanza da un simile modello, si veda F. PALAZZO, *Nemico-nemici-nemico. Una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2020, 698 ss.

<sup>36</sup>Quanto alla possibilità di distinguere due dottrine sulla separazione tra poteri portatrici di *status* diversi: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, I, Bologna, 1976, 289. È nella Francia del XVIII secolo, però, che si consolida il «dogma dell'onnipotenza del legislatore» quale reazione alle derive autoritarie dell'*ancien régime*: G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 687.

<sup>37</sup>P. COSTA, I «padroni della legge». *Legge, interpretazione, libertà nell'illuminismo giuridico*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 20 s., osservando l'A. come già le riflessioni di Alessandro Verri insistessero sul carattere inaccettabile «di un apparato normativo che non solo [era] legato ad un'epoca ormai tramontata da secoli, ma [era] privo di interna coerenza perché [era] nato come una semplice raccolta di materiali eterogenei. La giurisprudenza che si è sviluppata negli ultimi secoli ha tentato di colmare le lacune della legislazione appoggiandosi alla regola della *opinio communis*, facendo leva sui precedenti giudiziari, ma è stato un rimedio peggiore del male, perché non ha fatto che aggravare il vizio capitale della pratica giuridica: l'«incertezza del diritto»». In quegli anni, si consumò il radicale ribaltamento della delega di potere regio al Parlamento quale stampella utile per alleggerire esorbitanti carichi di lavoro che, però, faceva sempre salva la facoltà di avocazione della questione al monarca: con riguardo alla funzione giudiziaria originariamente esercitata dal Parlamento, quale organo riconducibile alla *Curia regis* carolingia che derivava il proprio potere dalla sovranità del re e, quindi, pronunciava provvedimenti inappellabili rispetto alle decisioni dei tribunali regi, nella misura in cui il sovrano non preferisse riservarsi la definizione del contendere, si veda P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VI, *La Cassazione civile (Parte I)*, cit., 254.

<sup>38</sup>*Ivi*, 273, ove l'A. osserva che in realtà «il Parlamento di Parigi [...] non dimenticò mai che ripeteva le proprie origini da un consesso investito di funzioni politiche; in conseguenza di che, né esso né, in seguito, altri Parlamenti sorti in diverse città francesi sul suo modello, contennero mai la propria attività entro il campo strettamente giudiziario e pretesero ininterrottamente di esercitare, oltreché la giurisdizione in ultima istanza, anche attribuzioni di natura diversa, confinanti colla potestà legislativa», solo si pensi al potere di emanare regolamenti con efficacia ultratrattiva da applicare nel territorio su cui i Parlamenti avevano giurisdizione.

<sup>39</sup>N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, Napoli, 2020, 17 s. Al centro dell'ordinamento, quindi, era posta la legge quale risultato delle scelte compiute dall'organo maggiormente rappresentativo della volontà popolare e, quindi, capace di promuovere istanze di difesa e utilità sociale, predeterminando con esattezza i comportamenti vietati e le relative sanzioni (M. SBRICCOLI, *Introduzione*, cit., 27).

Seguendo tali direttive, la visione di Montesquieu superava l'impostazione hobbesiana e fondava il contrario convincimento per cui fosse la legge stessa ad assicurare al cittadino la possibilità di agire liberamente, divenendo strumento non di oppressione ma di garanzia<sup>40</sup>. Entro un sistema di "freni e contrappesi" secondo cui *le pouvoir arrête le pouvoir*<sup>41</sup>, il pensiero dei Lumi ha innescato una rivoluzione epocale con riguardo alla sfera punitiva<sup>42</sup>. Disprezzando come vergognosa l'esibizione del supplizio, si preferì un'antitetica impostazione antropocentrica<sup>43</sup>. L'uomo diveniva il limite stesso del diritto, la misura di quanto doveva essere preservato per legittimare l'esercizio della sanzione penale<sup>44</sup>. La volontà popolare guidava, così, afflati sanzionatori più miti rispetto al passato ma, invero, radicalmente pervasivi<sup>45</sup>. Il mutamento di prospettiva fu significativo: il diritto penale, laico e secolarizzato, bandiva ogni legame con la dimensione etico-religiosa e cominciava ad assurgere quale strumento di disciplina del comportamento individuale. In questa prospettiva, fu necessario non

---

<sup>40</sup> P. COSTA, *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in *Quad. stor. fior.*, I, 2007, 6 s., precisando l'A. che, secondo Hobbes, «[l]a legge è funzionale alla sicurezza dei sudditi in quanto, vincolandoli all'obbedienza, impedisce il conflitto. La legge introduce non già la libertà ma la soggezione (la libertà dei sudditi inizia, per Hobbes, dove finisce l'impero della legge) e proprio per questo rende possibile la sicurezza». Al contrario, «per Montesquieu la libertà è agire nell'orbita della legge: è questa che rende al contempo lecita e sicura (protetta, garantita) l'azione individuale».

<sup>41</sup> Mette in relazione la visione illuministica elaborata da Montesquieu con la necessità di dirimere l'ontologica contrapposizione tra la verità di fatto e la politica quale regno delle opinioni, H. ARENDT, *Verità e politica*, trad. a cura di V. Sorrentino, Torino, Bollati Boringhieri, 2019, 47. Seguendo, l'impostazione illuministica era, invero, possibile prevenire involuzioni autoritarie giacché più livelli contenevano la violenza dello Stato attraverso il controllo democratico esercitato nelle aule parlamentari. Sennonché, la scelta di individuare nella legge la fonte di produzione del diritto aveva comportato pesanti ricadute, istaurando un vincolo inscindibile tra politica e diritto atteso che «il potere, consapevole della formidabile forza coesiva del cemento giuridico, intende[va] controllarlo completamente»: P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, 5.

<sup>42</sup> Individua l'illuminismo giuridico come momento di cesura tra il diritto penale pre-moderno e la «matrice della modernità penale»: P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 4 ss.

<sup>43</sup> G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 480.

<sup>44</sup> M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014, 81.

<sup>45</sup> *Ivi.*, 82. Con particolare riguardo al diritto punitivo, del resto, l'esperienza medioevale aveva prodotto procedimenti inquisitori che rimanevano perlopiù segreti e culminavano in pene fisiche atroci, risultando – troppo spesso – il corpo l'unico bene che gli accusati avevano a disposizione: G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Punishment and social structures*, New Brunswick, 2003, 16 s.

solo riconoscere il principio di riserva di legge bensì, pure, intenderlo in termini assoluti<sup>46</sup>.

Il giudice finiva per rappresentare un “essere inanimato”, una sorta di intermediario neutro che si limitava a rivelare il significato intrinsecamente custodito dalla disposizione di legge<sup>47</sup>. In caso di dubbio interpretativo o di *casus novus*, era peraltro necessario rivolgere un quesito preliminare al corpo legislativo, attraverso il *référé legislatif* quale garanzia della tenuta monolitica del *nullum crimen*<sup>48</sup>. In questa prospettiva, era sancita la piena indipendenza del momento interpretativo dal caso concreto, atteso che in alcun modo le caratteristiche del fatto avrebbero potuto incidere sul risultato “automatico” in cui doveva esaurirsi l’applicazione del comando normativo<sup>49</sup>. D’altro canto, l’adozione, da parte di alcuni sovrani dell’Europa continentale, di codici unitari, che si proponevano l’ambizioso obiettivo di razionalizzare il diritto, dando forma a un ordine sistematico e omogeneo, si rivelò il prodotto forse più evidente della nuova concezione<sup>50</sup>. Sennonché, è quantomeno curioso

---

<sup>46</sup> Sulla strumentalità, però, delle osservazioni penalistiche di Montesquieu rispetto alla «conservazione di una monarchia moderata» G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 418.

<sup>47</sup> Ben noto, infatti, è il passaggio del libro XI dell’*Esprit des lois* in cui il giudice è descritto come potere “in un certo senso nullo”, un essere inanimato ovvero «la bocca che pronunzia le parole della legge» (capitolo VI): *Lo spirito delle leggi*, riedizione S. COTTA (a cura di), Torino, 2022, 287.

<sup>48</sup> G. GORLA, *I precedenti storici dell’art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, V, 1969, 122 s., osservando l’esplicarsi delle direttive metodologiche adottate dal secolo dei Lumi e orientate dal brocardo *in claris non fit interpretatio*. Sul punto, con particolare riguardo all’«utopia del codice penale perfetto» A. CADOPPI, *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Presentazione*, in ID. (coord.), *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale. Omnis definitio in iure periculosa?*, Padova, 1996, 9.

<sup>49</sup> Nella legge terminava la realtà, non dovendo la scienza giuridica in alcun modo occuparsi di fenomeni socio-politici, di aspetti sociologici o culturali se non nella misura in cui il legislatore li avesse tradotti in comando normativo. Non stupisce, quindi, che in tale ricostruzione dei rapporti tra poteri sia da cogliere il fondamento del postulato giuspositivistico, che assegnerà al legislatore il monopolio nella produzione delle fonti del diritto: in questo senso, ancora L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 146.

<sup>50</sup> G. NEPPI MODONA, *L’utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, cit., 478. Con riferimento all’influenza dello sviluppo del diritto giurisprudenziale che caratterizza i secoli XVI e XVIII sul successivo intervento di codificazione, si rinvia nuovamente alle riflessioni di G. GORLA-L. MOCCIA, *A ‘revisiting’ of the comparison between ‘Continental Law’ and ‘English Law’ (16<sup>th</sup>-19<sup>th</sup> Century)*, cit., 147. In merito, è stato puntualmente osservato come l’avvento dei nuovi codici riporti la questione penale nel dominio dei giuristi e non più, invece, di filosofi o intellettuali: G. TARELLO, voce *Codice. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, 6 s. Quanto alla possibilità di considerare la codificazione fran-

osservare come – a dispetto della matrice culturale comune – le soluzioni giuridiche adottate dai diversi ordinamenti generarono il paradosso secondo cui «l'ultimo movimento intellettuale genuinamente cosmopolita a livello europeo abbia frantumato il proprio programma al momento del contatto con le diverse realtà politiche nazionali»<sup>51</sup>.

### 2.1. *Beccaria e la teoria dell'interpretazione: la falsa ingenuità del sillogismo*

Tanto premesso, sembra utile soffermarsi sugli studi di Cesare Beccaria che si distinguono per l'attenzione alle peculiarità del modello criminale<sup>52</sup>. Riconosciuto tra i padri del moderno diritto penale<sup>53</sup>, in-

---

cese del 1791 quale “quasi-codice”, si veda A. CADOPPI, *L'albero genealogico dei codici penali italiani*, in *Indice pen.*, 2, 2007, 886. Tale codice, peraltro, presentava numerosi elementi di modernità: R. MARTUCCI, *Logiche della transizione penale*, cit., 141 ss., ove l'A. precisa però che il progetto politico di introdurre una nuova codificazione penale non era originariamente condiviso dal comitato costituente, rappresentando piuttosto l'esito di una articolata strategia politica finalizzata anche a far fronte alla crescita esponenziale di iniziative securitarie a scopo preventivo. Si veda, poi, ancora M. SBRICCOLI, *Introduzione*, cit., 31, evidenziando come Napoleone Bonaparte optò nel 1808 per una legislazione penale di ispirazione cesarista, affine non già alla codificazione del 1791 – eccessivamente prossima agli ideali di Beccaria – bensì al più ancestrale approccio dell'*ancient regime* tanto che «l'arbitrio della legge [...] prende il posto dell'arbitrio del giudice». È, altresì, da ricordare che detta legislazione penale subì una modifica di segno progressista – sulla scorta delle riflessioni liberali – nel 1832, assumendo una prospettiva riformatrice che fu poi condivisa da diverse codificazioni penali in tutta Europa.

<sup>51</sup> A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 196. Per approfondire, con riguardo al graduale diversificarsi del diritto continentale a partire dalle codificazioni del XIX secolo, si veda, altresì, R. SACCO, voce *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, cit., 3.

<sup>52</sup> Quanto alla capacità dell'opera di Beccaria di esaminare «le radici della *civiltà del punitore*», V. MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Beccaria*, Napoli, 2021, 10, corsivi originali.

<sup>53</sup> A. CADOPPI, *Beccaria e la sua influenza sulla scienza e sulla legislazione penale in Italia e all'estero*, in G. FLORA (a cura di), *I 250 anni "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, Atti del convegno 16 e 17 maggio 2014 (Livorno), Bologna, 2015, 67, esaminando l'A. lo straordinario seguito che il pensiero di Cesare Beccaria ebbe non solo per gli studiosi di diritto penale a livello internazionale bensì presso le stesse Corti supreme che tanto in Europa quanto in Brasile o negli Stati Uniti si sono in più occasioni espressamente riferite al pensatore italiano, in particolare argomentando contro la pena di morte. Quanto alle influenze di *Dei delitti e delle pene* sullo sviluppo del diritto penale moderno, si veda, *inter multis*, G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, in S. MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 15 ss.; S. MOCCIA, *Cesare Beccaria e la difesa dei diritti dell'individuo*, in *Crit. dir.*, 2010, 192 ss.; L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare*

fatti, Beccaria incentrò la propria ricostruzione del *Sollen* punitivo sul diritto scritto tanto che «la nota dominante “Dei delitti e delle pene” è rappresentata [...] dall’esigenza di una assoluta, intransigente legalità»<sup>54</sup>. In linea con gli approdi d’oltralpe, la ragione che legittimò la più rigorosa accezione di riserva di legge insisteva non tanto sull’esigenza di certezza del diritto quanto sulla rappresentatività del potere parlamentare. Per dirla con Beccaria, «[f]u dunque la necessità che costrinse gli uomini a cedere parte della propria libertà: [...] ciascuno non ne vuole mettere nel pubblico deposito che la minima porzion possibile, quella sola che basti a indurre gli altri a difenderlo», con la conseguenza che «[l]e sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest’autorità non può che risiedere presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»<sup>55</sup>.

Al fine di mitigare la contrapposizione tra Stato e individuo, occorre che le leggi generali e astratte venissero applicate da un magistrato terzo e imparziale chiamato a giudicare la verità del fatto. L’interprete – è noto – mancava di un qualsivoglia spazio di libertà: propugnando l’idea secondo cui ogni atto interpretativo non era tecnico bensì sempre politico, il giudice non poteva che occuparsi di questioni di mero fatto, appartenendo l’autorità politica al solo legislatore<sup>56</sup>. Enfatizzando il carattere eccezionale dell’intervento punitivo, tale concezione – tutt’altro che ingenua<sup>57</sup> – imponeva all’autorità giudiziaria un vincolo costante all’applicazione del meccanismo sillogistico per decidere della libertà del singolo<sup>58</sup>. Se, quindi, in presenza di leggi chiare e precise «l’ufficio di un giudice non consiste[va] in altro che di accertare un fatto», si arrivava a sostenere che fosse preferibile assegnare «assessori al giudice

---

Beccaria, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2015, 137 ss.; B.E. HARCOURT, “Dei delitti e delle pene” di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in *Criminalia*, 2013, 149 ss.

<sup>54</sup> G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, cit., 687. Quanto alla possibilità di individuare razionalità e umanizzazione quali tratti salienti del pensiero di Beccaria, si rinvia all’analisi sulla pena perpetua in S. MANACORDA, *Cesare Beccaria e la pena dell’ergastolo*, in *Jus*, 2, 2015, in pct. 181.

<sup>55</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, riedizione F. VENTURI (a cura di), Torino, 1981, 13 s.

<sup>56</sup> M. DONINI, *Interpretazione delle leggi (Dei delitti e delle pene, § IV)*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 246 s.

<sup>57</sup> *Ivi*, 255.

<sup>58</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 15, ove l’A. preclude peraltro che possano trovare spazio nello stesso procedimento una pluralità di sillogismi giacché sarebbero di per sé forieri di incertezza.

principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso [era] più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza giuridica per opinione»<sup>59</sup>. Mancava, altresì, una qualsivoglia valorizzazione della discrezionalità giudiziaria – persino – nella fase commisurativa della pena<sup>60</sup>. In questo modo, si riteneva di evitare punizioni ricavate dallo «spirito della legge» quale «argine rotto al torrente delle opinioni»<sup>61</sup>. Al contrario – scrive Beccaria utilizzando parole in larga parte premonitrici – il cittadino patirebbe la «facile o malsana digestione» del giudice, potendo la soluzione giuridica mutare a seconda dell'ufficio giudiziario di riferimento. Se ci si allontana dal chiarore della legge, la diversità del punire è dovuta alla «errante instabilità delle interpretazioni» con l'effetto di non poter «esattamente calcolare gl'inconvenienti di un misfatto»<sup>62</sup>.

## 2.2. *Il rifiuto della giurisprudenza come fonte e l'ostracismo nei confronti di ogni attività interpretativa*

Ai fini della prosecuzione dell'indagine, sembra utile considerare più nel dettaglio due aspetti che connotano l'influenza dell'illuminismo giuridico sul diritto giurisprudenziale: anzitutto, il bisogno di regole

---

<sup>59</sup> Così scrive, infatti, Cesare Beccaria nel paragrafo XIV riservato a *Indizi e forme dei giudizi*. Con riguardo, alla prospettiva processuale, invero, si è osservato che, in relazione all'opera livornese, «il diritto penale è il moto, il moto che muove dal precetto e giunge poi in caso di violazione alla sentenza; in mezzo ci sta un'entità che è in sé trascurabile»: T. PADOVANI, *Dei delitti e delle pene e le garanzie dell'imputato*, in G. FLORA (a cura di), *I 250 anni "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, cit., 52.

<sup>60</sup> *Ivi*, 54.

<sup>61</sup> Con riguardo alle riflessioni di Beccaria, sono state peraltro poste in luce le spinte egualitarie di matrice utilitaristica da assicurare, però, non già attraverso forme deliberative collettive bensì per mezzo dell'«intervento del despota», da identificare nella legge: A. BURGIO, *L'idea di eguaglianza tra diritto e politica nel Dei Delitti e delle pene*, in V. FERRONE-G. FRANCONI (a cura di), *Cesare Beccaria. La pratica dei Lumi*, Firenze, 1997, 90. D'altronde, si è osservato, lo stesso riconoscimento di libertà politiche che ispira la dottrina della separazione tra poteri non mira alla definizione di una sfera di autonomia individuale giacché «l'unico diritto di libertà del singolo consiste [...] nel diritto di obbedire alla legge esistente», G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., 286, nonché 421 ove l'A. considera altresì la base di razionalità che accompagna il sistema legislativo nella visione di Montesquieu. In questa prospettiva, con particolare riguardo al fondamento razionalista che è possibile rinvenire nelle nuove tendenze illuministiche in materia penale, G. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, cit., 480.

<sup>62</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 17.

tanto chiare da poter orientare il comportamento dei singoli e, in seconda battuta, la scelta politica di esautorare i giudici dall'esercizio di pubblico potere, attraverso il rifiuto di ogni forma di interpretazione. Nella consapevolezza dei difetti della previgente legislazione, cui era da attribuire, almeno in parte, il proliferare di interpretazioni contraddittorie<sup>63</sup>, nessuna fonte poteva sovrastare la legge<sup>64</sup> ed era bandita qualsivoglia lettura ermeneutica del testo normativo<sup>65</sup>. Anzi, il postulato di completezza dell'ordinamento positivo<sup>66</sup>, da un lato, eliminava in radice la possibilità di rinvenire lacune, trattandosi, al più, di scelte legislative di segno negativo e, quindi, insindacabili<sup>67</sup>; dall'altro, implicava la completa estraneità del fatto dalla conoscenza dei comandi normativi,

---

<sup>63</sup> T. PADOVANI, *Dei delitti e delle pene e le garanzie dell'imputato*, cit., 54. Per l'effetto, si arrivava a sostenere che «ce mot de “jurisprudence” doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi»: allo scopo di non vanificare la spinta razionalizzatrice che mirava a innovare l'organizzazione del vivere comune, doveva essere proibita al giudice ogni attività creatrice di diritto che potesse sovrapporsi o limare il monopolio parlamentare: sul punto, P. COSTA, *I «padroni della legge»*, cit., 22 s.

<sup>64</sup> Con particolare riguardo alla funzionale costruzione del sistema delle fonti nel tentativo di consolidare l'esercizio del potere nelle mani di determinate categorie portatrici di interessi omogenei ed egemoni, P. COSTA, *Pagina introduttiva*, cit., 18. Si legge, del resto, nella Costituzione del 1791, titolo III, capitolo II, sezione I, articolo 3, che «[il] n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance». Ne derivava il consolidarsi di uno schema piramidale al cui vertice si trovava la legge, quale manifestazione di volontà dell'unico organo capace di «rappresentare la società unita in contratto». Per approfondire, si rinvia a G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Rivista AIC*, 2015, 3.

<sup>65</sup> G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 80, secondo cui «questo modello 'legocentrico' di ascendenza giacobina, che si è a un tempo incontrato con la tradizione tedesca del *Rechtsstaat*, può invero considerarsi il generale contesto politico-istituzionale di riferimento, in cui è venuto a collocarsi il principio penalistico di riserva di legge così come da penalisti continentali, a partire dall'Ottocento, siamo stati propensi a concepirlo». L'A. chiarisce, invero, come lo Stato legislativo possa ragionevolmente dipanarsi, a seconda della prospettiva adottata dagli orientamenti di riferimento, tanto in ordinamenti retti da forme di assolutismo illuminato, che accentrano il potere nelle mani del sovrano, quanto nel contesto liberaldemocratico quale espressione della sovranità popolare (*ivi*, 81).

<sup>66</sup> Quanto al «mito di *civil law*» che si sostanzia nella «riconcucibilità di tutti i casi al diritto astratto precostituito», si veda 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, 87.

<sup>67</sup> Di qui, *in nuce*, emergono alcuni tra gli aspetti caratterizzanti il formalismo interpretativo, la cui evoluzione – non a caso – è legata a doppio filo alle sorti del positivismo giuridico: cfr. *infra* Parte I, cap. I, § 3.