

Anna Maria Maugeri\*

L'“uso alternativo del diritto”

## 1. Premessa

Il dibattito suscitato ben cinquant'anni orsono dal convegno sull'*Uso alternativo del diritto* – che si è svolto a Catania nel maggio del 1972<sup>1</sup> – e, quindi, sul ruolo della magistratura come interprete chiamata ad applicare il diritto è ancora oggi di estrema attualità in un delicato momento storico caratterizzato dal c.d. populismo penale, anche giudiziario, in cui il diritto penale viene utilizzato come strumento per raccogliere il consenso elettorale fomentando la paura del crimine per giustificare interventi repressivi, anche strumentalizzando a tal fine (o comunque utilizzando come alleato) l'altro più recente formante normativo rappresentato dai mass media<sup>2</sup>.

In materia penale la riflessione sul ruolo dell'interprete del diritto per eccellenza, la giurisprudenza, assume una particolare e drammatica rilevanza perché il diritto penale è il ramo del diritto che più riflette il rapporto tra autorità e libertà in un determinato momento storico, ricordando che “per il giudice la ricerca e la pronuncia di verità fattuali e del diritto applicabile è *anche* esercizio di potere, ed in ciò sta una differenza fortissima rispetto agli altri ricercatori di verità, cui il giudice imparziale può essere accostato”<sup>3</sup>.

In materia penale, allora, una riflessione sul ruolo della magistratura come interprete del diritto non può non partire dalla fondamentale affermazione di civiltà giuridica risalente ai padri illuministi e in particolare a Montesquieu (*Lo spirito delle leggi*) del principio della *separazione dei poteri* – legislativo, esecutivo, giudiziario – a garanzia della libertà del cittadino, che si traduce nell'attribuzione al solo potere legislativo del compito di individuare i reati e le sanzioni e, quindi, nel principio di legalità, garanzia del cittadino nei confronti del potere esecutivo e gli

\* amaugeri@lex.unict.it, Professore ordinario di Diritto Penale, Università di Catania.

1 P. Barcellona (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Bari, 1973; M. Cossutta, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, EUT, Trieste, 2011.

2 Sia consentito il rinvio a A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, PUP, Pisa, 2021, 9 ss.

3 Cfr. D. Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, in *Tra principi del diritto penale e Teoria del reato*, PUP, Pisa, 2022, cit., 70.

arbitri del giudice che non deve diventare il “legislatore del caso concreto”; il tutto connesso alla teoria di Rousseau del contratto sociale, per cui ciascuno rinuncia solo alla porzione minima e indispensabile di libertà per garantire la libertà di tutti. Per il diritto penale la separazione dei poteri e il suo significato politico di reazione contro gli abusi del potere punitivo emerge anche nell’exasperazione dell’affermazione dello stretto vincolo del giudice alla legge: “i giudici non sono...che la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non possono temperarne né la forza né il rigore”.

Tali affermazioni sembrano oggi inverosimili, ma in quel momento storico esprimevano la forte esigenza, contro gli arbitri e i soprusi dello Stato assoluto, di limitare il potere giudiziario e di garantire la certezza del diritto.

## 2. L’affermazione “dell’uso alternativo del diritto”

Paolo Grossi, grande storico del diritto, in un discorso ai giovani magistrati ha parlato di “spostamento dell’asse portante dell’ordinamento dal legislatore all’interprete: il testo non ha una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo nell’interpretazione”. Fermo restando che Grossi non fa proprio il linguaggio della creatività – “il diritto non lo crea nemmeno il legislatore, tanto meno il giudice” –, l’autore sottolinea “il nesso genetico fra società e diritto, la sua intima storicità” e guarda con simpatia a “ordinamenti alieni dal concepire il giuridico intrinsecamente vincolato al potere politico”. Anche se poi lo stesso Grossi precisa che “una diversa considerazione la si deve fare per il giudice penale”, avendo in materia penale “una peculiare rilevanza la riserva di legge”, richiamando all’esigenza in penale di limitare il ruolo dell’interprete, del giudice.

Negli anni ’60 la cresciuta consapevolezza della magistratura della rilevanza politica della funzione giurisdizionale si esprime nel Congresso del settembre 1965 della Associazione nazionale magistrati, in cui Giuseppe Maranini definì l’attività giurisdizionale come funzione di indirizzo politico-costituzionale. Nella mozione finale, approvata all’unanimità e concordata dalle tre correnti Magistratura democratica, Magistratura indipendente e Terzo potere, si afferma che “spetta al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all’esame della Corte costituzionale, anche d’ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell’ordinamento giuridico statale”. Questo congresso, definito il congresso di Gardone, divenne punto di riferimento di orientamenti che si contrapponevano alla magistratura più tradizionalista, che sulla base del mito del giudice bocca della legge, rimaneva legata a una sorta di formalismo giuridico che non teneva conto del *novum* costituzionale. Si rivendicava un’interpretazione *costituzionalmente orientata* volta a promuovere l’uguaglianza sostanziale

e, quindi, maggiori spazi in sede ermeneutica, col supporto di teorie dell'interpretazione e dell'argomentazione giuridica, in contrapposizione a tradizioni autoritarie.

In continuità con questo convegno si pone il Convegno di Catania del 1972 sull'*Uso alternativo del diritto*, di cui Pietro Barcellona è stato il principale organizzatore, coadiuvato dai professori Abbadessa, Amirante, Mazziotti e Mirone; la tesi fondamentale proposta dagli organizzatori era quella di un'applicazione dell'analisi marxista all'esperienza operativa del diritto. Al di là di talune posizioni esasperate, in un contesto in cui si affermava che "i tradizionali postulati della democrazia economica (il mercato della libera concorrenza) e della democrazia politica (il Parlamento come luogo di formazione della volontà generale e di esercizio del potere legislativo) apparivano nettamente smentiti e trasformati, con la conseguenza che la realtà esperienziale dimostrava l'assoluta insufficienza delle tradizionali categorie concettuali del diritto eguale generale ed astratto", sembra assolutamente interessante e ancora attuale l'approccio per cui si afferma l'idea che l'interpretazione della legge diventa strumento di attuazione del dettato costituzionale e del principio di eguaglianza sostanziale affermato dall'art. 3 della Costituzione (il procedimento applicativo secondo una scelta, quella in favore delle classi subalterne, che si assumeva "già operata dalla costituzione repubblicana"<sup>4</sup>) con il connesso superamento della "convinzione che la scienza giuridica sia una scienza autonoma, che non abbia nessun nesso con l'economia politica, con la sociologia, con tutte le altre scienze dell'uomo" e il superamento della "convinzione che il giurista sia puramente un tecnico che ha a che fare con operazioni logiche".

Si afferma l'idea che l'interpretazione e applicazione della legge è anche *politica del diritto* (viene contestato il mito dell'apoliticità della giurisdizione e del giudice<sup>5</sup>), nonché l'essenziale funzione del diritto come *pratica sociale*, chiamata a scelte valoriali.

In questa direzione Alfredo Carlo Moro evidenzia come "la ragione ideale della vita del nuovo Stato", è da ricercarsi nella tensione al pieno sviluppo della persona umana, così come è stata tratteggiata agli articoli 2 e 3 del dettato costituzionale.

Pulitanò, oggi professore di diritto penale, ma allora magistrato presente al convegno e componente di Magistratura democratica, ha evidenziato che "la prassi dei magistrati democratici, di fatto, si pone e vuole porsi come alternativa non già ai valori democratico-borghesi (il che rischierebbe di portarci oltre la legalità), ma alle loro deformazioni autoritarie nella giurisprudenza corrente [*corsivo aggiunto*]. Nelle libertà fondamentali vediamo dei diritti universali, che, in quanto validi per tutti, devono poter essere anche di fatto goduti da tutti; che, in particolare, devono potere essere utilizzati dalle minoranze e dalle classi subalterne, come lecito strumento di lotta verso l'assetto di potere costituito".

4 N. Lipari, "L'uso alternativo del diritto oggi", in *Pensare il Diritto*, 2017, 15.

5 N. Rossi, "Dalla 'giurisprudenza alternativa' alle problematiche dell'oggi", in *Questione Giustizia*, 2023.

L'autore non vuole proporre un modello di ermeneutica soggettivista e antilegataria, ma precisa che l'uso alternativo in chiave progressista del diritto borghese fosse praticabile solo nei casi in cui gli spazi del testo normativo consentissero interpretazioni innovative non incompatibili con i dati testuali<sup>6</sup>, e, quindi, consentissero una reinterpretazione costituzionalmente orientata del codice Rocco e, in particolare, delle sue parti più autoritarie<sup>7</sup>.

Non si negava l'essenzialità del momento legislativo. Lo stesso Ferrajoli, che assunse una delle posizioni più estreme, affermava che non si trattava di disapplicare la legge, ma di avere una "giurisprudenza tecnicamente più fondata e argomentata della giurisprudenza conformistica d'ispirazione autoritaria"<sup>8</sup>. Come evidenzia Bobbio, si oppone al giurista come conservatore-trasmettitore di regole già date l'immagine del giurista come creatore di regole trasformatrici<sup>9</sup>; e in questa direzione anche la posizione di Satta, considerato uno degli ispiratori teorici delle posizioni meno formaliste, il quale riteneva che "il giudice nell'interpretazione non si inserisce come un momento del tutto passivo rispetto ad una norma esterna ed estranea ad esso, ma è la norma stessa che si rifà nel concreto, e nel concreto si fa quel che con termine antico ed eterno chiamiamo giustizia"<sup>10</sup>. L'operazione denominata "uso alternativo del diritto", anche laddove perdeva la sua istanza rivoluzionaria, finiva per affermare la necessaria politicità dell'attività giuridica e il ruolo non meramente passivo e dichiarativo del giudice interprete<sup>11</sup> ("la pretesa di apoliticità – si affermava – era solo la maschera della politica conservatrice, un modo della vecchia magistratura per far politica in maniera indisturbata. Ad essa veniva contrapposta una politicità dichiarata, intesa come fedeltà alla costituzione"<sup>12</sup>); d'altronde oggi si riconosce serenamente che l'interpretazione della legge è "un'attività che presenta un tasso di politicità lasciato all'interprete, e dunque al giudice, già secondo una corretta lettura della divisione dei poteri"<sup>13</sup>.

Il discorso in materia penale assume una particolare delicatezza perché il riconoscimento del ruolo non meramente dichiarativo e formalista del giudice, chiamato anzi a farsi strumento di attuazione dei principi e delle libertà costituzionali, nonché dell'uguaglianza sostanziale imposta dalla Costituzione, si deve conciliare

6 G. Fiandaca, "Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica", in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 78, ricostruendo il pensiero di D. Pulitanò, in "Le deformazioni autoritarie della giurisprudenza dominante", in P. Barcellona, *L'uso alternativo del diritto*, II, cit., 61 ss.

7 D. Pulitanò, *Paradossi della legalità*, in *DPC Riv. Trim.*, 2015, n. 2, 5.

8 L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L'uso alternativo del diritto*, cit., 106.

9 N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, 47 s.

10 S. Satta, "Il giudice e la legge", in *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, Padova, 1970, 12.

11 N. Lipari, *op. cit.*, 17.

12 N. Rossi, *op. cit.*, 3.

13 M. Donini, "Fattispecie o case law?", in *Questione Giustizia*, 2018, n. 4, 82.

con l'esigenza di garanzia della libertà del cittadino sottesa alla riserva di legge in materia penale, che pretende che le scelte di incriminazione spettino al legislatore, quale espressione del popolo in base al contratto sociale; emerge, insomma, il timore che il riconoscimento della maggiore discrezionalità del giudice finisca per trasferire in capo al giudice scelte di politica criminale che dovrebbero spettare al legislatore.

### 3. Il ruolo del giudice in seguito alle trasformazioni sociali e l'impegno della Corte Costituzionale

L'affermarsi di un sempre maggiore potere "creativo" del giudice è da legarsi a profonde trasformazioni istituzionali che hanno investito i caratteri della stessa compagine statale ed hanno determinato un aumento delle attività dello Stato e dell'intervento dello Stato nell'economia al fine di perseguire lo Stato sociale di diritto; fenomeni da cui sono derivate anche maggiori aspettative sociali nei confronti dello Stato stesso. In quello che viene definito come il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale, il ruolo del giurista muta perché sempre di più spetta a lui determinare i contenuti del diritto, "alterandosi, in tal modo, i rapporti fra i poteri dello stato, fra la legislazione e la giurisdizione"<sup>14</sup>.

In tale quadro è stato fondamentale il ruolo della magistratura nel sollecitare la Corte Costituzionale nello smantellamento del volto autoritario del codice Rocco, nelle sue più esasperate espressioni dello Stato fascista, e l'affermarsi del volto costituzionalmente orientato del diritto penale.

Sotto gli *input* provenienti dalla *magistratura*, la Corte costituzionale ha eliminato innanzitutto le fattispecie penali che comportavano una criminalizzazione di condotte espressione dell'esercizio di libertà costituzionalmente riconosciute (ad es. la sentenza n. 29/1960 per l'art. 502 c.p. lo "sciopero per fini contrattuali", n. 87/1966 per l'art. 272 c.p., la propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale)<sup>15</sup> e ha dichiarato l'incostituzionalità di norme in contrasto con principi costituzionali, a partire dal principio di *uguaglianza* (ad es. n. 126/1968 e n. 147/1969 per la disciplina dell'adulterio della moglie e del concubinato del marito in contrasto con l'art. 29 Cost., o la n. 508/2000 per l'art. 402 c.p., il vilipendio della sola religione cattolica).

Da ultimo, poi, la Corte Costituzionale è intervenuta con le proprie sentenze additive per sopperire all'inerzia del legislatore nell'attuazione della Costituzione in tema di diritti fondamentali, fornendo le prescrizioni necessarie per porre fine ad un persistente vuoto di tutela, pur sollecitando innanzitutto il Parlamento a svolgere il suo ruolo nel rispetto dei principi enucleati dalla Corte (basti pensare alla sentenza n. 242 del 2019 in tema di aiuto al suicidio)<sup>16</sup>.

14 Cfr. M. Cossutta, *op. cit.*, nota 14.

15 Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di Diritto Penale*, III ed., Giuffrè, Milano, 2001, 490 s.

16 G. Silvestri, "La discrezionalità tra legalità e giurisdizione", in *Sistema Penale*, 2024, 5 ss.

Recentemente, ancora, la Corte Costituzionale ha valorizzato la discrezionalità giudiziaria nell'opera di individualizzazione e commisurazione della pena contro tutti gli automatismi, ritenendo il "divieto di ricerca dell'equilibrio nel caso concreto da parte del giudice" "in contrasto con i principi di eguaglianza (art. 3) e di rieducazione (art. 27)" (n. 94 del 2023).

Questo fondamentale ruolo della Corte Costituzionale nell'attribuire un volto costituzionalmente orientato al diritto penale, è stato accompagnato anche dalla responsabilizzazione del giudice di merito, obbligato, come ripetutamente ribadito dalla Corte costituzionale, ad effettuare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle leggi penali, al punto che la dottrina ritiene che "uno degli effetti del costituzionalismo contemporaneo è stato proprio quello di spostare, almeno in parte, la funzione di garanzia dal legislatore al giudice"<sup>17</sup>.

In tal guisa non solo il principio di legalità costituzionale<sup>18</sup> influisce in senso conformativo sulla discrezionalità legislativa, ma, a partire dagli anni Sessanta, la "scoperta della Costituzione" e l'esperienza del giudizio di costituzionalità comporta in Italia anche "il riavvicinamento della scienza giuridica alla ragion pratica". Non solo la Corte costituzionale, ma anche i giudici comuni sono chiamati tramite la pratica dell'interpretazione conforme, a fare costantemente ricorso a giudizi di valore (che il positivismo avalutativo della prima metà del '900 aveva ostracizzato), diventando protagonisti di una "pratica sociale orientata verso la giustizia, che è il fine proprio del sapere giuridico in quanto sapere pratico"<sup>19</sup>.

#### 4. Il principio di offensività come criterio di interpretazione e limite al potere punitivo

L'estensione della discrezionalità del giudice penale in base ad una concezione non legalistica e formalistica, o descrittiva e veritativa, ma piuttosto teleologica e progettuale<sup>20</sup>, volta all'affermazione del volto costituzionale del diritto penale avviene anche grazie al fondamentale ruolo svolto dalla dottrina, avallata poi dalla giurisprudenza, nel recuperare a partire dagli anni '60 la teoria del bene giuridico e il connesso principio di offensività<sup>21</sup>.

Quest'ultimo assurge, innanzitutto, a basilare criterio di conformazione legislativa – "limite di rango costituzionale alla discrezionalità del legislatore ordinario" (n. 360/1995) e, quindi, limite al potere legislativo nell'individuare i beni merite-

17 G. Zaccaria, "Una 'nuova' legalità penale tra testo e interpretazione", in *Sistema Penale*, 2022, n. 12.

18 R. Bartoli, "Le garanzie della 'nuova' legalità", in *Sistema Penale*, 2020, 150; G. Zaccaria, *op. cit.*, 21 s.

19 M. Vogliotti, "Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea", in *Sistema Penale*, 30 gennaio 2024, 7.

20 Espressione di R. Bartoli, "Nuovi scenari della legalità penale", in *Sistema Penale*, 2022, 60.

21 F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, 1973, p. 17 ss.; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974, 116 ss.

voli di tutela (principio di origine illuministica proprio nella sua funzione critica di limite al potere punitivo, Binding-Liszt) e la tecnica di criminalizzazione –, per poi diventare anche primario criterio giudiziario-interpretativo<sup>22</sup> per cui “è precipuo dovere del giudice di merito [...] apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se la condotta dell’agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall’area del penalmente rilevante” (n. 333/1991).

L'accoglimento del principio di offensività, insomma, vuol dire che nell'applicare la norma penale verificando, innanzitutto, la tipicità del fatto, il giudice deve fare rientrare nella fattispecie astratta solo fatti offensivi del bene tutelato in base a una visione teleologicamente orientata, ricordando che la tipicità è il “precipitato tecnico della teoria del bene giuridico”<sup>23</sup>.

In base al principio di offensività la Suprema Corte, ad esempio, pretende che la falsa testimonianza non cada su circostanze ininfluenti sul processo decisionale del giudice<sup>24</sup>; o ritiene che non rientri nella fattispecie rilevante la frode processuale priva di idoneità ingannatoria<sup>25</sup> o, in relazione alla calunnia, l'ipotesi in cui sia impossibile l'inizio di un procedimento penale per manifesta infondatezza dell'addebito<sup>26</sup>; o non riconduce tra i falsi materiali in documenti le falsità così grossolane da rendere impossibile l'induzione in errore anche della persona più sprovvista; in relazione alla coltivazione di sostanze stupefacenti (art. 73 c. 1 T.U. stupefacenti). Le Sezioni Unite hanno affermato che l'offensività non ricorre se la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile<sup>27</sup>.

Il principio di offensività, che pure apre gli spazi della discrezionalità giudiziaria, è stato utilizzato, poi, dalla Corte Costituzionale come strumento di controllo della legittimità costituzionale fondandolo sull'art. 25, c. 2, Cost. in una lettura sistematica cui fa da sfondo “l'insieme dei valori connessi alla dignità umana” (Corte Cost. n. 263/2000), consentendo, innanzitutto, la riduzione dell'area del penalmente rilevante con interpretazioni costituzionalmente orientate di fattispecie del codice Rocco di dubbia costituzionalità perché volte ad un'eccessiva anticipazione della tutela penale, come le fattispecie di pericolo presunto (basti pensare alla fattispecie di apologia di reato, interpretata come un'istigazione a delinquere dalla sentenza n. 65/1970)<sup>28</sup>, o addirittura permettendo – seppure con *self restraint* e in ipotesi limite – di dichiarare l'incostituzionalità di fattispecie obsolete a tutela di beni in alcun modo compatibili con le direttive costituzionali, come l'art. 3 l. 1085/1929 sull'esposizione di bandiere estere senza preventiva autorizzazione (n. 189/1987). In questi e in altri casi la Corte utilizza il principio di offensività sotto le vesti del

22 Corte Cost. n. 519/2000; n. 360/95; n. 263/2000; 519/2000; n. 225/2008.

23 G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale* – Parte Generale, Zanichelli, Bologna, 2019, 197; cfr. Cass., S.U., 18 luglio 2013, n. 40354, Sciuscio.

24 Cass. 6/7/2010, n. 29258; 17/4/2007 n. 34467.

25 Cass. SU, 25 ottobre 2007, n. 45583; 28/9/2017, n. 51681.

26 Cass. 19/12/2017, n. 14761; 2/1/2014, n. 10282.

27 Cass. SU 24/4/2008, n. 28605; 22/2/2017, n. 36037.

28 C. Cost. n. 333/1991; 225/2008.

criterio di ragionevolezza ex art. 3 Cost. – intesa come ragionevolezza intrinseca dell’incriminazione, che rappresenta pur sempre una discriminazione rispetto alla regola rappresentata dalla libertà –; il principio di offensività diventa il parametro atto a verificare la costituzionalità di una fattispecie incriminatrice sotto il profilo del ricorso alla tutela penale e in tal guisa tale principio è una proiezione in materia penale del principio di proporzione che consente di valutare l’idoneità, la necessità e la proporzionalità della fattispecie rispetto all’obiettivo di tutela preso di mira.

In casi più recenti la Corte Costituzionale, da una parte, e le Sezioni Unite della Suprema Corte, dall’altra, hanno richiesto al giudice “un incisivo controllo circa la sussistenza del requisito dell’offensività in concreto”<sup>29</sup>.

In queste pronunce la Corte “ridefinisce in termini assiologici la ratio delle fattispecie rispetto alle quali si pone un problema di ragionevolezza”, e con ciò facendo ridefinisce la teleologia tipologica<sup>30</sup>.

## 5. Gli abusi determinati dall’eccessiva discrezionalità giudiziaria e dalle emergenti esigenze di tutela

Nella prassi si è assistito, però, non solo all’affermarsi di una legalità costituzionalmente e convenzionalmente orientata, che si contrappone alla mera legalità legalistica, ma anche all’affermarsi della c.d. legalità giurisprudenziale<sup>31</sup>, caratterizzata da un eccessivo protagonismo della giurisprudenza che ha esteso l’ambito di applicazione di talune fattispecie al di là del dato normativo e in violazione del principio di precisione/tassatività, nonché della prevedibilità dell’intervento punitivo e del principio di uguaglianza.

Questo fenomeno è stato determinato anche dalle profonde trasformazioni istituzionali e dall’esigenza di affrontare i problemi nuovi che si sono riversati sulla giustizia penale: dalla criminalità organizzata al terrorismo (a partire dalle bombe del 12 dicembre 1969); dalla corruzione diffusa che ha poi portato alla c.d. tangentopoli, all’emergere della consapevolezza dell’importanza di nuovi beni giuridici meritevoli di tutela, come l’ambiente. In tale contesto si denuncia la tendenza della giurisprudenza a giocare d’anticipo, estendendo i confini delle fattispecie incriminatrici o, addirittura, finendo per creare delle fattispecie penali, abbassando le garanzie anche nell’applicazione degli istituti processuali.

Basti pensare al periodo dei pretori d’assalto, e della c.d. supplenza giudiziaria, “ambigua formula che evoca una miscela non ben definita (o diversi tipi di miscela) di profili politici e giuridici, che deve la sua fortuna mediatica alla carica polemica che in vario senso se ne può trarre, in chiave critica verso la magistratura (accusata di fare troppo) o verso altre istituzioni (accusate di fare troppo poco)”<sup>32</sup>.

29 C. Cost. n. 265/2005; n. 278/2019; n. 141/2019; n. 109/2016; in tale direzione Cass. SU 19 dicembre 2019, n. 12348, Caruso; SU, 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj; 18/7/2013, n. 40354.

30 R. Bartoli, “Nuovi scenari”, *op. cit.*, 13.

31 R. Bartoli, “Le garanzie”, *op. cit.*, 149 ss. per queste definizioni.

32 D. Pulitanò, “Il giudice e la legge penale”, in *Questione Giustizia*, 2019.

I c.d. pretori d'assalto, ad esempio, hanno cercato di tutelare l'ambiente e il paesaggio contro l'abusivismo edilizio supplendo l'inerzia degli amministratori locali, o hanno esteso l'applicazione delle fattispecie a tutela della pubblica amministrazione in funzione moraleggiante dinanzi all'incapacità interna della burocrazia e dei partiti politici di intervenire, ad esempio estendendo la nozione di peculato per distrazione, anche alla condotta a favore pur sempre di un ente pubblico, o applicando le fattispecie di corruzione e concussione senza accertare l'atto contrario ai doveri di ufficio<sup>33</sup>, con ciò adeguando la fattispecie all'esigenza di colpire un fenomeno criminoso emergente, la corruzione sistemica, ma con un'evidente interpretazione *contra legem*; in quest'ultimo caso si verifica un fenomeno, ormai piuttosto frequente nella prassi, per cui il diritto vivente ha anticipato una "nuova incriminazione" introdotta, poi, con la riforma dell'art. 318 e 319 da parte della l. 190/2012.

Anche in epoca più recente la magistratura rivendica "un ruolo di garanzia dei diritti e della dignità delle persone e delle molte minoranze che popolano le moderne società" (dalla protezione di diritti umani fondamentali come nel caso dei migranti; alle azioni a tutela dei risparmiatori e delle finanze pubbliche in contesti finanziari sempre più complicati e vorticosi; agli interventi sulla condizione dei lavoratori marginali, come i rider o i lavoratori della logistica)<sup>34</sup>. Agli interventi a tutela della libertà sessuale delle donne dilatando l'obsoleta fattispecie di violenza sessuale, art. 609 bis c.p. (che ancora pretende la violenza e la minaccia)<sup>35</sup>.

A ciò si aggiunga che in molti settori (ecoreati, immigrazione, tutela dei minori, sicurezza pubblica, pubblica amministrazione, etc.) la dottrina lamenta la mancanza di tassatività delle fattispecie<sup>36</sup>, al punto da ritenere esautorata l'istanza della legalità<sup>37</sup>.

L'ipertrofia del diritto penale è anche una delle cause di questa mancanza di tassatività, propria di un diritto penale che spesso "vorrebbe colpire non tanto reati ben determinati e circoscritti, non tanto fatti, quanto amplissimi fenomeni criminali (come mafia, terrorismo, corruzione o malgoverno del territorio, per non dire quando si voglia ridurre il processo epocale delle migrazioni a fenomeno criminale)"<sup>38</sup>. Ne consegue un linguaggio programmatico-politico più che prescrittivo-giuridico, dove l'emozione ha il sopravvento sulla ragione, e a ciò si aggiunge l'idea o la strumentalizzazione politica dell'idea che con "il diritto penale si possa rimediare ad ogni ingiustizia e ad ogni male sociale", dando vita a un diritto penale "simbolico-moralizzatore", "il diritto penale come etica pubblica"<sup>39</sup>, "in contrasto

33 Cass., sez. VI, 7 luglio 2016 n. 40237, corruzione sistemica; cfr. Cass., sez. IV, 4 maggio 2006, n. 33435; Cass., sez. fer., 8 settembre 2009, n. 34834. In materia P. Scevi, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Giappichelli, Torino, 2022, 16 ss.

34 N. Rossi, *op. cit.*, 10.

35 Cfr. A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati*, *op. cit.*, 96 ss.

36 Cfr. P. Scevi, *op. cit.*, 31 ss.

37 G. De Francesco, *Profili evolutivi delle categorie del reato in Tra principi del diritto penale*, *op. cit.*, 104.

38 G. Zaccaria, *op. cit.*, 22.

39 M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, Modena, 2015.

con i principi dell'*extrema ratio*, della proporzionalità e del divieto di retroattività". Per non dire, in contrasto del principio di tipicità<sup>40</sup>. E tale condizione strutturale è denunciata anche dall'ANM nella sua ultima mozione in occasione del 36° congresso nazionale.

Rimane, poi, il problema che anche l'interpretazione costituzionalmente orientata si presta alla più ampia discrezionalità quando si tratta di principi ad amplissimo spettro, o pregni di contenuto filosofico, morale, politico (libertà, uguaglianza, dignità umana); per cui anche l'interpretazione costituzionalmente orientata, pur con le migliori intenzioni, risente di "precomprensioni e preferenze assiologiche" in base all'orientamento politico/ideologico/culturale/religioso dell'interprete di turno<sup>41</sup>.

Basti pensare alla delicata vicenda giurisprudenziale che ha caratterizzato il caso Englaro<sup>42</sup>, o alla giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha smantellato la normativa repressiva in materia di procreazione assistita<sup>43</sup>, o alla giurisprudenza della Corte Costituzionale<sup>44</sup> che considera costituzionalmente legittime le fattispecie che configurano "come illecito penale il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata"<sup>45</sup> in base ad una concezione considerata paternalistica<sup>46</sup>, o alla giurisprudenza della Suprema Corte sulla pedopornografia virtuale<sup>47</sup> (fattispecie che di per sé è accusata di essere inoffensiva ed espressione del diritto penale d'autore o del nemico) che ha ritenuto applicabile la definizione dell'art. 600 quater 1. anche alle rappresentazioni fumetti di minori coinvolti in atti sessuali<sup>48</sup>.

Per limitare tale discrezionalità Pulitanò propone il ricorso a un pluralismo ragionevole<sup>49</sup>, che riprende la prospettiva filosofica rawlsiana facente leva sul "consenso per intersezione", prospettiva interessante se non fosse per lo stato di sofferenza della nostra attuale "democrazia culturalmente impoverita, iper-conflittuale e frammentata", nella quale la "razionalità discorsiva" tende a essere soppiantata dal c.d. populismo penale o comunque da strumentalizzazioni politiche a fini di consenso politico di qualunque ideologia<sup>50</sup>.

40 G. Zaccaria, *op. cit.*, 23.

41 G. Fiandaca, *op. cit.*, 82.

42 M. Donini, *La necessità di diritti infelici*, in DPC 15 marzo 2017.

43 V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, Torino, 2019.

44 C. Cost., 7/16/2019, n. 141.

45 A. Cadoppi, *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in DPC 2018, n. 2, 159.3

46 Anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sancito che la prostituzione è incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando "oggetto di costrizione", il che significa che, quando essa è frutto di libera scelta, è anzi espressione di quegli stessi diritti. Corte Edu, 11/9/2007, Tremblay v Francia.

47 Cass., 13/1/2017, n. 22265, Z. B.

48 Cass., 13/1/2017, n. 22265.

49 D. Pulitanò, *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in *Studi in onore di Sergio Moccia*, ESI, Napoli, 2017, 218.

50 Così G. Fiandaca, *op. cit.*, 83.

## 6. Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza delle Corti europee

L'attuazione, in qualche modo, del programma emerso nel convegno sull'*Uso alternativo del diritto* assume oggi un più ampio respiro laddove l'interpretazione costituzionalmente orientata non basta, ma, nel quadro del c.d. costituzionalismo multilivello e nel rispetto dell'art. 10 e 117 della Costituzione, l'interpretazione del diritto interno deve essere convenzionalmente orientata, nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali riconosciute dalla Cedu<sup>51</sup>, anzi diventa strumento di implementazione di tali diritti e libertà, nel perseguimento del principio di uguaglianza sostanziale europeo ex art. 14 Cedu.

In tale contesto assume un fondamentale rilievo la rilevanza che la Corte Edu attribuisce al formante giurisprudenziale, come affermato dalla Corte Costituzionale italiana nelle due celebri sentenze n. 348 e 349 del 2007, che nel riconoscere la rilevanza della Cedu come fonte subcostituzionale e, quindi, la necessità che l'interpretazione del diritto interno sia convenzionalmente orientata<sup>52</sup>, ha sancito che le norme della Cedu vivono attraverso l'interpretazione che di esse dà la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dunque che la norma "sub-costituzionale" non è la disposizione Cedu, ma la norma come prodotto dell'interpretazione<sup>53</sup>.

La valorizzazione da parte della Corte Edu di una nozione sostanzialistica di legge che riconosce espressamente, anche per dare conto delle tradizioni di common law, l'importanza del ruolo del giudice che dà vita alla norma e la plasma in base alla propria discrezionalità, è accompagnata, però, nella tradizione della Corte Edu dall'affermazione della portata garantistica del principio di legalità ex art. 7 Cedu, comprensivo di tutti i suoi sotto-principi espressamente finalizzati a tutelare il cittadino anche nei confronti del potere giudiziario.

A tal proposito occorre ricordare, innanzitutto, che la Corte Edu ha esteso già in epoca risalente i principi garantistici della Cedu a una nozione ampia di "materia penale", in cui non rientrano solo gli illeciti (e le sanzioni) qualificati come "penali" in base al diritto interno, ma tutti quelli considerati punitivi in base ai criteri Engel<sup>54</sup>.

In particolare, poi, a proposito del ruolo del giudice, la Corte europea ha sempre sancito non solo che esclusivamente "una legge può introdurre un crimine e stabilire una pena"<sup>55</sup> ma anche che con il termine '*law*' si allude a un concetto che ricomprende sia "*statute law as well as case-law*", adottando un approccio tipicamente sostanzialista, che, al fine di contemperare le esigenze dei diversi sistemi giuridici europei cui i principi convenzionali devono essere applicati, considera equivalente il formante legale e quello giurisprudenziale quali fonti del diritto pe-

51 Corte EDU, 23/4/2024, *Sacharuk v. Lithuania*, no. 39300/18, 146 e giurisprudenza citata.

52 Idem

53 Cfr. C. Cost. decisioni nn. 154 del 2004, 299 del 2005, 61 del 2006.

54 Per l'estensione del principio di irretroattività all'illecito amministrativo punitivo cfr. C. Cost. n. 196/2010; n. 223/2018; n. 68/2017; n. 276/2016; n. 104/2014; n. 109/2017.

55 Cfr. Corte Edu, 29/3/2006, *Achour v. France*, n. 67335/01, CEDH 268, § 41; 21/1/2003, *Veeber v. Estonia* (N°. 2), n. 45771/99, CEDH, § 31; 22/3/2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germania*, n. 34044/96, § 50.

nale<sup>56</sup> e comunque: “*the ‘law’ is the enactment in force as the competent courts have interpreted it*”<sup>57</sup>. La Corte esalta, poi, gli aspetti qualitativi della legalità: “non più circoscritti alla determinatezza della norma, ma concernenti anche la accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza”<sup>58</sup>, esaltando i collegamenti tra il principio di legalità e quello di colpevolezza (la nozione di legge implica determinate qualità di prevedibilità e accessibilità)<sup>59</sup>.

In tal guisa la Corte Edu riconosce le garanzie connesse al principio di legalità, art. 7 Cedu anche in relazione alla norma così come interpretata, dilatando, in particolare, l’applicazione del principio di irretroattività *in malam partem* anche al diritto giurisprudenziale<sup>60</sup>.

Pur enfatizzando il ruolo del giudice, la Corte europea, per contro, ne limita la discrezionalità anche laddove attribuisce al principio di legalità il significato di principio di tassatività, vietando non solo l’analogia ma anche l’interpretazione estensiva<sup>61</sup> o, perlomeno, si ammette l’interpretazione estensiva nei limiti in cui fosse “ragionevolmente prevedibile” in quanto “risultato dello sviluppo di una linea giurisprudenziale percepibile o se la sua applicazione in circostanze più ampie fosse comunque compatibile con l’essenza del reato”<sup>62</sup>; si riconosce che la progressiva evoluzione della legge penale attraverso l’interpretazione giudiziale è una parte necessaria della tradizione legale, purché i risultati di tale sviluppo interpretativo siano conformi all’“*essenza del reato e possono essere ragionevolmente prevedibili*”<sup>63</sup>.

Nella considerazione di parametri oggettivi si attribuisce rilevanza anche all’evoluzione socioculturale<sup>64</sup>, svincolata da riferimenti normativi-formali; in tale direzione le storiche sentenze in tema di *marital rape*<sup>65</sup>, in cui l’evoluzione socio culturale cui i giudici di Strasburgo rimandano attribuisce valenza decisiva a un modello di riconoscibilità oggettiva.

Nell’ordinamento italiano la giurisprudenza della Suprema Corte ha accolto il principio di irretroattività dell’interpretazione in *malam partem* della giurispru-

56 Cfr. S., Bernardi, *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale*, in DPC, 16/1/2018.

57 Da ultimo Corte Edu, *Sacharuk*, cit., 146.

58 A. Balsamo, *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in CP, 2007, 5, 2202.

59 Tra le altre Corte Edu, Sez. II, 3/3/2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, n. 22429/07 e 25195/07, 58; 14/3/2013, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia*, n. 26261/05 and 26377/06, § 77.

60 Corte EDU, 10/10/2006, *Pessino c. Francia*, n° 40403/02, §§ 15-37; 21/10/2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, n. 42750/09; *Sacharuk*, cit. M. Donini, *op. cit.*, 87; cfr. G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in G. Pino, V. Villa, *Rule of law*, Il Mulino, Bologna, 2016, § 1.3.

61 Cfr. Corte Edu, 8/7/1999, n. 23536194 – 24408194, in 31 *E.H.R.R.* 2001, 292; 21/1/2003, *Veeber v. Estonia*, n. 45771/99, § 3; Corte Edu, Sez. II, 3/3/2020, *Parmak e Bakir c. Turchia*, nn. 22429/07 e 25195/07, § 58.

62 Così Corte Edu, *Sacharuk*, cit., 145; cfr. *Jorgic c. Germania*, n. 74613/01, § 114, Cedu 2007 III; *Custers e altri c. Danimarca*, nn. 11843/03 e altri 2, 3/5/2007; e *Huhtamäki c. Finlandia*, no. 54468/09, § 51, 6/6/2012-

63 Corte Edu, *Streletz*, § 50; *K.-H. W. v. Germany*, cit., § 45; *Kafkaris*, cit., § 141; *Parmak e Bakir*, cit., § 59:.

64 Cfr. Corte Edu, sez. II, 19 febbraio 2008, *Kuolelis e a. v. Lituania*, § 115 ss.

65 Corte Edu, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, n. 0166/92, §§ 43 ss..

denza<sup>66</sup>, ma le Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>67</sup> hanno precisato nel caso “fratelli minori di Contrada” che l'*overruling* non è consentito perché non prevedibile per l'imputato, è configurabile solo nei casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile con i precedenti.

Degna di nota nell'ordinamento italiano la sentenza Beschi delle Sezioni Unite che all'insegna della massimizzazione della protezione dei diritti fondamentali nella prospettiva consacrata dall'art. 53 della Cedu e richiamata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 317/2009<sup>68</sup>, ha sancito che “L'obbligo di interpretazione conforme alla convenzione europea dei diritti dell'uomo impone di includere nel concetto di nuovo ‘elemento di diritto’, idoneo a superare la preclusione di cui al secondo comma dell'art. 666 c.p.p., anche il mutamento giurisprudenziale che assume specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite di questa Suprema Corte, carattere di stabilità e integra il ‘diritto vivente’”<sup>69</sup>.

Per le materie che rientrano nel suo ambito di applicazione (art. 51 CDFUE) un altro fondamentale formante normativo è rappresentato dal diritto UE di cui la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto il primato, facendolo assurgere a direttiva fondamentale dell'interpretazione del diritto interno da parte del giudice; ciò attraverso l'obbligo di *interpretazione conforme*, l'eventuale *rinvio pregiudiziale* alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE in caso di dubbio sul significato di una norma UE (oggi anche la Corte Costituzionale utilizza tale strumento in un rapporto dialogico con la Corte, come avvenuto la prima volta nella nota vicenda Taricco con ordinanza n. 24/2017) – e la Corte Costituzionale riconosce efficacia costitutiva a tale giurisdizione<sup>70</sup> –, nonché la diretta *disapplicazione* della norma penale in contrasto con i diritti e le libertà riconosciute in sede UE<sup>71</sup>, compresa la Carta dei diritti fondamentali UE (che a norma dell'art. 6 TUE ha lo stesso valore dei trattati<sup>72</sup>). Non è possibile approfondire in questa sede, ma anche il diritto UE e la giurisprudenza delle sue Corti hanno rappresentato uno strumento di implementazione dell'*Uso alternativo del diritto* in chiave di tutela di diritti e di libertà fondamentali, basti pensare al caso “El Dridi”<sup>73</sup>.

## 7. Conclusioni: tra legalità legalistica e legalità costituzionale

L'invito emerso dal convegno sull'*Uso alternativo del diritto* “penale” di valorizzare il ruolo costitutivo della giurisdizione come “pratica sociale”, in materia pena-

66 Cass. SU, 31/5/2018 n. 51815.

67 n. 8544/2020.

68 Cfr. G. Grasso, *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 57.

69 Cass. SU, 21/1/2010, n. 18288; cfr. SU, 29/5/2014, n. 29556.

70 C. cost. n. 113/1985; n. 389/1989.

71 G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Giuffrè, Milano, 2023; v. Corte cost., 18/4/1991, n. 168; 2/2/1990, n. 64.

72 CGUE, 8/3/2022, C-205/20.

73 CGUE, 28/4/2011, C-61/11.

le si è tradotto nell'impegno della giurisprudenza, almeno di una parte, a limitare gli aspetti autoritari del codice Rocco e a fornire un'interpretazione della norma capace non solo di rispettare, ma anche di implementare i diritti e le libertà riconosciute nella Costituzione (a partire dal principio di uguaglianza sostanziale); e si è realizzato, poi, anche con l'affermazione della teoria del bene giuridico costituzionalmente orientata e il principio di offensività, come criterio di interpretazione di carattere teleologico e limite al potere punitivo.

Il tutto ha trovato un terreno assolutamente favorevole nell'ordinamento e nella giurisprudenza europea, che hanno accolto una nozione sostanziale di legge come *law in action*; ogni giudice nazionale come giudice europeo è chiamato a interpretare la norma penale nel rispetto dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Cedu e dal diritto UE, a partire dalla CEDDF, se non a utilizzare la norma penale per tutelare tali diritti e libertà. Si è così affermata quella che possiamo definire la legalità "costituzionale europea multilivello" nella contrapposizione tra una legalità formale/legalitaria e una legalità giurisprudenziale, che rischia di violare lo stesso principio della separazione dei poteri per rispondere all'emergere di nuovi fenomeni criminali o alla mancanza di tassatività della legge penale.

La più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte sembra oscillare tra orientamenti maggiormente ispirati a una c.d. legalità formale<sup>74</sup> e orientamenti ispirati alla c.d. legalità giurisprudenziale, che non è possibile esaminare in questa sede; ma in conclusione, sembra preferibile l'approccio della Corte EDU che pur riconoscendo ampiamente il ruolo costitutivo della giurisdizione, pone all'interpretazione giurisprudenziale in materia penale – come esaminato – il limite del rispetto dell'essenza della norma, per garantire la *prevedibilità* dell'intervento punitivo e, quindi, la tutela della libertà del cittadino. La legalità costituzionale – tanto più "europea multilivello" – realizza pienamente, inoltre, l'esigenza di affermare una visione moderna e dialogica del principio della separazione dei poteri<sup>75</sup>.

Il tutto in un momento storico in cui una "crisi etica (o meglio la crisi di democrazia dell'associazionismo dei magistrati) rivelata dal caso Palamara e l'involuzione burocratica e carrieristica che essa ha messo a nudo hanno reso ancora più problematica la condizione della magistratura e, al suo interno, di una magistratura di orientamento democratico, tuttora interessata a rifiutare una interpretazione burocratica del suo ruolo"<sup>76</sup>.

*L'Uso alternativo del diritto*, allora, rappresenta ancora un input valido per stimolare un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme volta a realizzare l'uguaglianza sostanziale contro l'attuale – sempre più preoccupante – populismo penale, ma anche populismo giudiziario.

74 C. Cost. n. 327/2008; n. 230/2012; Cass. SU civ., n. 38596/2021.

75 Cfr. G. Silvestri, *op. cit.*, 18.

76 Cfr. N. Rossi, *op. cit.*, 8.

## Bibliografia

- barcellona, P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, 1973.
- Cossutta, M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, EUT, 2011.
- Maugeri, A.M. *I reati sessualmente connotati*, PUP, 2021.
- AA.VV., *Tra principi del diritto penale e Teoria del reato*, PUP, 2022.
- Lipari, N., "L'uso alternativo del diritto oggi", in *Pensare il Diritto*, 2017.
- Rossi, N., "Dalla 'giurisprudenza alternativa' alle problematiche dell'oggi", in *Questione Giustizia*, 2023.
- Fiandaca, G., "Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica", in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Giappichelli, 2023.
- Pulitanò, D., *Paradossi della legalità*, in *DPC Riv. Trim.*, 2015, n. 2.
- Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, 1977.
- Satta, S., "Il giudice e la legge", in *Quaderni del diritto e del processo civile*, IV, 1970.
- Donini, M., "Fattispecie o case law?", in *Questione Giustizia*, 2018, n. 4, 82.
- Marinucci, G., Dolcini, E., *Corso di Diritto Penale*, Giuffrè, 2001.
- Silvestri, G., "La discrezionalità tra legalità e giurisdizione", in *Sistema Penale*, 2024.
- Zaccaria, G., "Una 'nuova' legalità penale tra testo e interpretazione", in *Sistema Penale*, 2022, n. 12.
- Bartoli, R., "Le garanzie della 'nuova' legalità", in *Sistema Penale*, 2020, 150.
- Vogliotti, M., "Nuovi problemi e nuove soluzioni per la penalistica contemporanea", in *Sistema Penale*, 2024.
- Bartoli, R., "Nuovi scenari della legalità penale", in *Sistema Penale*, 2022, 60.
- Bricola, F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, 1973.
- Musco, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, 1974.
- Fiandaca, G., Musco, E., *Diritto penale*, Zanichelli, 2019.
- Pulitanò, D., "Il giudice e la legge penale", in *Questione Giustizia*, 2019.
- Scevi, P., *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Giappichelli, 2022.
- Donini, M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, 2015.
- Donini, M., *La necessità di diritti infelici*, in DPC 15 marzo 2017.
- Tigano, V., *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Giappichelli, 2019.
- Cadoppi, A., *L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili*, in DPC 2018, n. 2.
- Pulitanò, D., *Riferimenti a valori nel lavoro del giurista*, in *Studi in onore di Sergio Moccia*, ESI, 2017.
- Bernardi, S., *Una nuova pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di imprevedibilità della condanna penale*, in DPC, 16/1/2018.
- Balsamo, A., *La dimensione garantistica del principio di irretroattività*, in CP, 2007.
- Pino, G., Villa, V., *Rule of law*, Il Mulino, 2016, § 1.3.
- Grasso, G., *Politiche penali e ruolo della giurisprudenza*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018.
- Marinucci, G., Dolcini, E., Gatta, G.L., *Manuale di Diritto Penale*, Parte Generale, Giuffrè, 2023.