

QUESITI

MARIO CATERINI, DIANA ZINGALES*

**L'interpretazione favorevole all'incolpato:
spunti storici e comparati
per la codificazione di una clausola generale**

Ripercorrendo gli ideali sottesi alle aspirazioni illuministiche che riducevano a mera *bouche de la loi* la figura del giudice, nonché gli assiomi del probabilismo morale che attribuivano prevalenza alla libertà ogniqualvolta risultasse incerto il confine tra il lecito e l'illecito, il saggio valorizza la portata del principio di legalità in presenza di un ragionevole dubbio ermeneutico, che dovrebbe determinare la scelta dell'opzione interpretativa più favorevole all'accusato tra le molteplici plausibili. Tale tesi è illustrata alla luce della prassi giurisprudenziale statunitense sulla *rule of lenity*, di cui si ricostruisce l'origine storica e che oggi è codificata in alcuni Stati americani, sulla base della sostanziale equivalenza epistemologica tra il fatto e il diritto. Postulando la derivazione della *rule of lenity* dal principio del *nullum crimen* e l'identità di *ratio* rispetto al principio di presunzione d'innocenza, si sostengono le ragioni in favore di una delimitazione del potere 'creativo' della giurisprudenza, nonché della codificazione di una regola che conferisca espressamente al *favor liberatis* valore di principio-guida per l'interpretazione di disposizioni penali suscettibili di più letture.

The interpretation favorable to the defendant: the historical and comparative prompts to the codification of a general rule

By recalling the ideals grounded on the Enlightenment's aims which reduced the role of the judge to a mere bouche de la loi, and moral probabilism's prioritization of liberty when the line between legal and illegal was uncertain, the essay valorizes the importance of the principle of legality when a reasonable doubt on the law arises, which should determine the choice of the interpretation more favorable to the defendant, among the several plausible ones. Our argument is supported by examining the American judicial practice on the rule of lenity, which has been codified in some American states, and its historical origins, assuming the substantial epistemological equivalence between fact and law. By postulating the derivation of the rule of lenity from the nullum crimen principle and that the rule shares the rationale with the presumption of innocence principle, we support both the reasons in favor of narrowing the 'creative' judicial power and the codification of a rule which explicitly would recognize the favor liberatis as a value of guiding principle for interpreting criminal laws susceptible to many constructions.

SOMMARIO: 1. I 'sogni' del passato: dall'illuminismo penale al probabilismo morale. - 2. Quale "certezza del diritto" in presenza di dubbio ermeneutico? - 3. Il *reasonable doubt* e l'incertezza *in iure* nella tradizione giuridica statunitense. - 4. Le [ir]riducibili tensioni tra legalità penale e *law in action* nel caso

* Benché il lavoro sia frutto di ricerche e riflessioni condivise, i §§ 1, 3, 5 e 8 sono attribuibili a Mario Caterini e i §§ 2, 4, 6 e 7 a Diana Zingales. Lo scritto è destinato all'opera collettanea a cura di V. Mongillo, F. Muñoz Conde, F. Tenorio Tagle, A. Slokar, *Radici illuministe e prospettive neoilluministe nella costruzione e interpretazione del diritto penale*, vol. n. 6 dei Quaderni dell'Istituto di studi penali "Alimena" dell'Università della Calabria.

di dubbio sulla *quaestio iuris*. - 5. La *clarity* della legge penale nell'esperienza statunitense. - 6. L'interpretazione della legge penale in senso favorevole al *defendant* nei primi sistemi giuridici di *common law*: la *strict construction* tra *ratio* e prassi applicativa. - 7. La moderna *strict construction* d'oltreoceano: la *rule of lenity*. - 8. Un epilogo *de lege ferenda*.

1. *I 'sogni' del passato: dall'illuminismo penale al probabilismo morale*. I 'sogni' dell'illuminismo penale si aprivano con l'aspirazione a «che le sole leggi possono decretar le pene sui delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale»¹. Legalità e certezza del diritto contrapposte all'arbitrarietà interpretativa dei giudici, com'è noto, sono state tra le principali ambizioni del pensiero illuminista. Sono celebri alcune idee di Beccaria che pretendeva dal giudice un «sillogismo perfetto» per l'accertamento di ogni delitto, ove la premessa maggiore doveva essere la legge generale e la minore l'azione conforme o no alla legge. L'incertezza, invece, scaturiva ogniqualvolta il giudice fosse indotto a compiere anche due sillogismi, magari consultando lo «spirito delle leggi» reputato pericoloso perché capace di sfociare nel «torrente delle opinioni. [...] Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione»². L'illustre milanese, infatti, credeva «ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinioni. Dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che in accertare un fatto»³, perché «se l'interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente essere un altro male l'oscurità che trascina seco necessariamente l'interpretazione»⁴. Per queste idee Beccaria è stato spesso tacciato d'ingenuità, ma è stato ben rilevato che se anche così fosse l'eventuale ingenuità è ancora particolarmente preziosa⁵. È stato pure efficacemente chiarito che sarebbe ingeneroso e fuorviante giudicare il perfetto sillogismo invo-

¹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Milano, 1981, § III, 66-67.

² *Ivi*, par. IV, 69.

³ *Ivi*, par. XIV, 88.

⁴ *Ivi*, par. V, 71.

⁵ VELLUZZI, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, 687 ss.

cato dall'illuminista lombardo con le lenti delle raffinate consapevolezze ermeneutiche contemporanee, mentre lo stesso deve essere inquadrato nella sua ottica eminentemente politica volta a garantire il cittadino nei rapporti con l'istituzione punitiva, alla stregua di un parametro regolativo ideal-normativo⁶. Il tema della certezza è stato trattato, sotto differenti profili, anche da altri illuministi come Filangieri, il quale pensava che «per condannare un uomo ad una pena vi è bisogno di una certezza morale, ch'egli abbia violato la legge; privo di questa moral certezza il giudice [...] non può, dunque, senza violare i doveri del suo ministero, senza offendere la giustizia, senza tradire la sua coscienza, condannare come reo l'accusato»⁷. Secondo il giurista napoletano, del resto, tale certezza morale era sì condizione necessaria, ma non sufficiente per una condanna, altrimenti rimessa al pernicioso arbitrio giudiziale. Proponeva, perciò, di «combinare la certezza morale del giudice colla norma prescritta dal legislatore, cioè a dire, col criterio legale». Suggestiva alcuni «canoni di giudicatura» da far «entrare nel codice criminale della nazione»⁸. Sebbene con particolare riferimento all'accertamento del fatto, con Filangieri si affermava l'idea che l'incertezza dell'esito di un giudizio penale e l'arbitrio decisionale potevano essere arginati attraverso l'imposizione legislativa di criteri atti a orientare il giudice nei casi dubbi, detti di «accusa incerta», nei quali l'incolpato non poteva essere privato della sua libertà.

Nel pensiero di Pagano, invece, è possibile scorgere le basi teoriche di quella [in]certezza che oggi è riconducibile al fatto e per taluni versi al diritto⁹. In alternativa alla verità delle cose, il filosofo di origini lucane si riferiva, infatti, a

⁶ Per una recente disamina della modernità del pensiero di Beccaria, si rinvia a MAIELLO, *Legge e interpretazione nel 'sistema' di Dei delitti e delle pene*, in *www.discrimen.it*, 18 novembre 2020, 22-23.

⁷ FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, t. III, Venezia, 1783, 193.

⁸ *Ivi*, 194-195. «Questi canoni dovrebbero contenere le prove legali, senza delle quali la legge non dovrebbe giammai supporre ben provato il delitto. [...] Il legislatore dovrebbe stabilire, che i giudici [...] avrebbero tre risposte da dare: l'accusa è vera; l'accusa è falsa; l'accusa è incerta. [...] Si dovrebbe dunque stabilire, che per dichiarare vera l'accusa, bisognerebbe, che la certezza morale del giudice fosse unita al criterio legale. [...] La legge sarebbe un freno all'arbitrio dei giudici, e le coscienze dei giudici un rimedio alla necessaria imperfezione della legge. L'una, né l'altra da se sola avrebbe bastante forza, per garantire l'innocenza; ma né l'una, né l'altra avrebbero bastante forza per opprimerla».

⁹ Contemporaneamente, per una breve categorizzazione dell'incertezza di fatto e di diritto, si rinvia a FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 2004, 85 ss.. In ambito filosofico, per talune argomentate perplessità sulla correttezza della rigida dicotomia fatto/valore, si veda ELGIN, *La fusione di fatto e valore*, in *Iride*, 2007, 83 ss.

una verità delle idee e proposizioni che non rappresentano oggetti reali, ma soltanto se stesse, poiché sono archetipi formati dalla mente umana, ossia le idee e le proposizioni generali e astratte. «In tali proposizioni la verità è la percezione della convenienza di due idee astratte, ovvero della loro distinzione [...]. Quindi le verità o sono di ragione [...], o verità di fatto, che rappresentano l'esistenza delle cose»¹⁰. Pagano, oltre al concetto di certezza articolava anche quello di probabilità consistente, nella sua ottica, «nell'apprendere la convenienza o disconvenienza fra due idee per via di idee medie, la cui concatenazione o non è certa ed immutabile, o almeno non è appresa come tale, ma che basta tuttavia, perché l'animo si muova a giudicare che sia vera o falsa una proposizione, piuttosto che la contraria». Continuava evidenziando che «ogni proposizione è probabile quando coll'aiuto di qualche raziocinio [...] si può far passare per vera. L'azione dell'anima, per cui si riceve per vera una proposizione di questa natura, si chiama o credenza, o assenso, o opinione [...]»¹¹. Le verità, sempre secondo Pagano, si possono dunque fondare anche sull'autorità altrui e possono far riferimento o a un fatto, allora l'autore di questa verità sarà o un testimone o uno storico, oppure a delle proposizioni generali, «ed allora dicesi dottore. L'opinione, la quale si appoggia sull'autorità altrui, è quella specie di probabilità che Aristotele ne' topici chiama *entoxon* e che i moderni casuisti e forensi hanno adottato come la vera probabilità»¹².

All'impostazione tradizionale di ascendenza illuministica del giudice *bouche de la loi*, che manteneva distinta la *quaestio iuris* dalla *quaestio facti*¹³, oggi si contrappone quell'orientamento secondo il quale tali aspetti del giudizio non sono scindibili, né sul piano teorico né su quello pratico, perché l'interpretazione consta di un'operazione cognitiva unitaria che si estende tan-

¹⁰ PAGANO, *Logica de' probabili*, in *Principj del codice penale e Logica de' probabili*, Opera postuma con alcune note, Napoli, 1819, 89-90.

¹¹ *Ivi*, 96.

¹² *Ivi*, 102-103.

¹³ Sulla separazione tra fatto e diritto all'epoca della rivoluzione francese e sull'erroneo assunto circa una loro netta distinzione, in particolare nel funzionamento delle giurie anglosassoni, si veda RUGGERI, *La circolazione di "libero convincimento e giuria" all'epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato*, in *Criminalia*, 2012, 229 ss., spec. 238 ss. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1960, trad. it. a cura di Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 12. ss., ha posto le basi per il superamento del sillogismo giudiziale attraverso l'assorbimento della *quaestio facti* nella *quaestio iuris*.

to agli elementi di diritto che a quelli di fatto¹⁴. Nell'ambito del processo conoscitivo, in realtà, il fatto non è mai isolato nella sua assolutezza, ma al contrario v'è una reciproca interdipendenza tra l'operazione diretta a ricostruire il fatto e quella che ha a oggetto la qualificazione giuridica dello stesso¹⁵. Il fatto storico, perciò, è inevitabilmente collegato al valore in base al quale viene operata la sua apprensione conoscitiva, perché la sua rilevanza giuridica non può non essere valutata alla luce del «contesto teorico dove era stato anteriormente compreso»¹⁶. Per individuare realmente la *quaestio facti* è dunque necessario operare una selezione nella prospettiva della sua giuridicità. In ciò, invero, si risolve per molti versi l'attività del giudice relativamente alla ricostruzione del fatto, realizzata seguendo un insieme di regole soprattutto probatorie, dove i fatti che rilevano sono, in definitiva, quelli da cui scaturiscono conseguenze giuridiche, ovvero 'fatti giuridici'¹⁷.

D'altra parte, il giudizio di diritto ne implica sempre uno di fatto, poiché esso non concerne una regola astratta che vive di vita propria, ma una norma che deve essere applicata a un caso concreto, di talché risulta imprescindibile la correlazione tra il precetto così come scelto e interpretato, e il fatto come ricostruito¹⁸. Si potrebbe quindi concludere che «la norma giuridica si risolve in un fatto»¹⁹.

¹⁴ In tal senso, con diversità di accenti, tra i tanti, UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 25 ss.; MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1992, 294 ss.; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 54 ss.; ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in FERRUA et al., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2007, 501 ss.; QUATTROCOLO, *Riquilificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, 61 ss.; CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, 66-67. In senso diverso BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005, 233; COMANDUCCI, *La motivazione in fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, 223-225; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 1966, 620.

¹⁵ UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, 2015, 71.

¹⁶ UBERTIS, *Quaestio facti e quaestio iuris*, in *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, 2020, 69.

¹⁷ *Ivi*, 70.

¹⁸ UBERTIS, *Fatto e valore*, cit., 70 ss.; ID., *Quaestio facti e quaestio iuris*, cit., 71. Sul carattere circolare o a spirale dell'accertamento giudiziale, si vedano gli ormai classici lavori di HASSEMER, *Tatbestand und typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen hermeneutik*, Berlin, 1968, trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica giuridica*, Napoli, 2007; e di ESSER, *Vorverständnis und methodenwahl in der rechtsfindung*, Frankfurt am Main, 1972. In Italia, TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, 1989, 321; BARBERIS, *Il diritto come discorso*

Sotto altra prospettiva – sempre conducente a una sorta di ‘confusione’ tra fatto e diritto – anche l’interpretazione giuridica comporta una valutazione sull’esistenza di cose reali in un mondo reale. L’affinità tra l’inferenza giuridica e quella fattuale, dunque, è dimostrabile nel momento in cui si pensa che l’interpretazione può essere considerata uno sforzo volto a trarre inferenze sul significato della legge. Seguendo questo stile di teorizzazione inferenziale, il significato di una legge è il “fatto” di cui si deve valutare la “probabilità”, e i lavori preparatori, la produzione dottrinale o i precedenti giurisprudenziali, sono trattati alla stregua di prove di questo fatto inteso come significato della legge. In definitiva, secondo questa impostazione, la probabilità che una legge abbia un particolare significato dipende da tali prove²⁰.

A ben vedere, del resto, anche questi ultimi concetti traggono origine nel ’700, in particolare nell’opera di Blackstone, indicato come il promotore della teoria dichiarativa della *common law*, secondo la quale il giudice non crea diritto, ma scopre ciò che il diritto è. Il pensiero del giurista inglese è infatti spesso richiamato a proposito della vincolatività del precedente nel momento in cui affermava, da un lato, che l’antica consuetudine, una volta scoperta, veniva fissata e il giudice era vincolato a seguirla; dall’altro, che la decisione che la dichiarava, non essendo essa stessa diritto, ma mera “prova del diritto”, poteva essere sbagliata, ossia resa «*ab iniuria*» in quanto «*manifestly absurd or unjust*», dunque non vincolante²¹. Nei sistemi di *common law*, dunque, il giudice era obbligato a seguire il precedente giudiziario in quanto “prova” della norma, senza però dimenticare che detta prova era efficace nella misura in cui conservava un valore persuasivo, mancando il quale veniva meno anche la sua forza vincolante.

La diffidenza verso l’interpretazione, l’invocazione di leggi particolarmente chiare, i concetti di prova della legge, di persuasività del precedente, di significato della legge come “fatto” del quale valutare la “probabilità”, dimostrano

e come comportamento, Torino, 1990, 257; ZACCARIA, *Dimensione dell’ermeneutica e interpretazione giuridica*, in *Il problema della fedeltà ermeneutica*, a cura di Mathieu-Paoletti, Roma, 1998, 155; ORLANDI, *L’attività argomentativa*, cit.

¹⁹ CARNELUTTI, *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1961, vol. III, 142.

²⁰ TILLERS, *The Value of Evidence in Law*, in *Northern Ireland legal quarterly*, vol. XXXIX, 1988, 167 ss.

²¹ BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England* (1795), vol. I, Chicago, 1979, 70-71.

chiaramente che la dottrina del '700 – benché in ambiti e con esiti teorici eterogenei – era ben consapevole che la legge fosse dubbia e che dalla sua interpretazione potessero derivare diversi esiti. Innanzi a tali incertezze, i canonisti facevano ricorso a un particolare “canone di giudicatura” – riprendendo le parole di Filangieri – utile a orientare il giudice e a ridurre l’arbitrio. Reiffenstuel, infatti, affermava che l’atto che poteva essere al contempo ricostruito quale delittuoso o non delittuoso, doveva essere interpretato come carente di delittuosità²². Per la dottrina canonista, di fronte all’incertezza della legge, al giudice era concesso sì interpretare il testo normativo, purché *in melius*, con l’effetto di temperarne il rigore espansivo. In tale ottica, dunque, il giudice non poteva essere quella mera «*bouche qui prononce les paroles de la loi*» come auspicava Montesquieu²³. A differenza dei canonisti – che studiavano l’antico materiale normativo connotato da vaghezza e dunque bisognevole d’interpretazione – gli illuministi, con uno sforzo riformista, puntavano utopicamente a eliminare, o più realisticamente a ridurre, l’oscurità delle leggi e quindi la loro interpretazione. La *benignior interpretatio*, in sostanza, era un principio utile a risolvere il dubbio interpretativo e si poneva in stretta correlazione con la teoria del probabilismo²⁴.

Alla base del probabilismo, infatti, vi era il principio secondo cui alla legge bisogna anteporre la libertà ogniqualvolta appare incerto il confine dell’obbligatorio. La ‘ragionevolezza’ del dubbio, usando un linguaggio moderno, secondo tale teoria ricorreva quando l’ipotesi esegetica più favorevole fosse in qualche modo probabile, anche se l’altra sfavorevole fosse altrettanto

²² REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum, tomus sextus*, Venezia, 1735, sub. *Regula II, 5*: «*Actus, qui potest denotare delictum et non delictum, ut carens delicto interpretari debet. l. 51. ff. pro socio. l. 4. §. docere. 12. ff. de vi bon. rapt.*».

²³ MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748), Londra, 1777, Tome 1, Livre XI, Chapitre VI, 327.

²⁴ Per un’efficace e sintetica esposizione del probabilismo nel pensiero antico, cfr. voce *Probabilismo*, in *Dizionario di filosofia*, Treccani, on line. Per l’epoca medioevale, PRETI, *Dialettica terministica e probabilismo nel pensiero medievale*, in *La crisi dell’uso dogmatico della ragione*, a cura di Banfi, Roma, 1953, 61-97. Per una recente e ampia ricostruzione storica del probabilismo della prima età moderna e delle sue implicazioni teologiche, intellettuali e culturali, si rinvia a TUTINO, *Uncertainty in Post-Reformation Catholicism. A History of Probabilism*, Oxford, 2017. In tema, inoltre, BERNAREGGI, *La personalità scientifica di Francesco Suarez*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, vol. 11, 1919, 6-36. Più recentemente, COLOMBO, *Contro il probabilistico sistema: lettere di Gaetano da Bergamo a Pietro Ballerini (1734-1738)*, in *Rivista di storia della Chiesa in Italia*, vol. 62, 2008, 81-111. Sul probabilismo in generale si rinvia a MORINI, *Probabilismo. Storia e teoria*, Milano, 2003, *passim*.

probabile o addirittura più probabile. Di fronte all'incertezza della legge, a prevalere doveva essere la libertà se l'opzione interpretativa più favorevole fosse fondata su un 'parere autorevole' utile a conferire 'probabilità' alla tesi, senza dover necessariamente escludere quella dell'opzione più sfavorevole²⁵. Da ciò discendevano le tesi fondamentali con le quali si concludeva uno dei più noti trattati sulla coscienza morale: «*Lex dubia non obligat*» e «*Lex incerta non potest certam obligationem inducere, quia hominis libertas antea ad legis obligationem possidet*»²⁶.

Il probabilismo era considerato uno strumento teorico di certezza, non perché rendesse 'certo' il 'probabile', ma perché i suoi assiomi permettevano di chiarire i confini tra il lecito e l'illecito tutte le volte in cui v'erano ragioni serie *in favor libertatis*, senza eliminare necessariamente i dubbi speculativi²⁷. L'atto era dunque lecito ove fondato su ragioni 'probabili', pur se residuassero dubbi che militavano contro la libertà²⁸. In opposizione al più rigoristico 'legalismo', il probabilismo tendeva al bilanciamento tra un lassismo che dava spazio a qualsiasi minimo dubbio capace di assolvere da ogni obbligo morale o giuridico, e un tuziorismo che risultava troppo rigoroso nel negare rilevanza alle 'ragionevoli' opinioni diverse²⁹. Ciò, sia quando il dubbio vertesse su que-

²⁵ DE' LIGUORI, *Istruzione e pratica per un confessore*, Venezia, 1761, 18. ID., in *Dell'uso moderato dell'opinione probabile*, Napoli, 1765, 254.

²⁶ DE' LIGUORI, *Theologia Moralis*, tomo I, *Sumptibus Remondinianis*, Roma, 1767, 11 e 16.

²⁷ DE' LIGUORI, *Risposta apologetica ad una lettera d'un religioso circa l'uso dell'opinione egualmente probabile*, in *Confessore diretto per le confessioni della gente di campagna*, Venezia, 1764, 506-510.

²⁸ D'HERBIGNY, *La théologie du révélé*, Parigi, 1921, 230.

²⁹ Il probabilismo fu fortemente avversato del giansenismo, secondo cui l'obbligazione morale poteva essere superata solo se fosse assolutamente certa l'opinione in favore della libertà. Anche tra i moralisti cattolici si ebbe una reazione in senso rigoristico, così il probabilismo fu censurato dai teologi della Scuola di Lovanio e fu contrastato anche da Pascal nelle c.d. *Provinciali*. Dopo la condanna del rigorismo giansenista da parte di Innocenzo X nel 1653, i teologi probabilisti (soprattutto gesuiti) si trovarono contrapposti a quelli probabilioristi (prevalentemente domenicani), per i quali ultimi, nel dubbio tra la liceità e l'illiceità di un'azione, si doveva necessariamente scegliere quell'opinione che aveva un maggiore grado di probabilità. Per tentare di conciliare quest'opposizione sorse l'equiprobabiliorismo, secondo cui era lecito scegliere tra l'osservanza o meno della legge se le opinioni a favore o contro avevano un eguale grado di probabilità. Per la contesa tra probabilisti e rigoristi, modernamente v. PASTINE, *Juan Caramuel: probabilismo ed enciclopedia*, Firenze, 1975; DE ROSA, *Chiesa e religiosità dalla crisi del probabilismo al rigorismo neotridentino*, in *Classi sociali e fermenti culturali (1650-1760)*, a cura di De Rosa-Enciso Recio, Napoli, 1997, 91-102. Sul giansenismo, fondamentale JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Bari, 1928.

stioni di diritto, sia allorché riguardasse il fatto³⁰.

Il tema della *benignior interpretatio* fu studiato anche nella teologia morale dell'800, in relazione al dubbio sulla legge non solo morale ma anche positiva, tra cui si annoverava quello che emergeva quando «interviene nella legge tal difetto di esposizione, pel quale non appar chiaramente che certi casi siano contemplati in essa»³¹. Nel momento in cui il vizio delle leggi positive «giace nell'oscura loro esposizione», si solleva la domanda «se un caso sia compreso nella esposizione della legge» e a essere dubbia è «l'esistenza stessa della legge» che, per tale ragione, «non ha forza obbligatoria. Non basta che il caso sia probabilmente racchiuso nella legge, dee esservi contenuto con certezza, o almeno con una somma probabilità atta a produrre il pieno assenso opinativo»³².

Appariva quindi ben saldo anche nel pensiero del XIX secolo il probabilismo fondato sulla massima *in poenis benignior est interpretatio facienda*, riferibile a «una legge positiva dubbia in sé stessa», a prescindere dall'altro caso in cui il dubbio derivasse «da una nostra ignoranza e non dalla legge stessa»³³. Si difendeva, così, la parte «vera» del probabilismo ingiustamente censurata, cercando di distinguerla dalle altre «false», confusione generata dal «troppo largo significato della parola opinione» che andava invece ben specificato in base all'oggetto dell'opinione stessa. La parte «vera» del probabilismo era considerata quella «che ha per oggetto l'incertezza della legge in sé stessa, cioè l'incertezza della legge per vizio ad essa legge intrinseco. Indi è venuta la conseguenza, che non solo noi non siamo obbligati in tali casi di seguire l'opinione egualmente probabile a favore della legge, ma né anco la più probabile. Conciossianché fino a tanto che ci resta un fondato dubbio di vizio

³⁰ NAGLE, *Giving due emphasis to the human person in catholic moral teaching*, in *The Australasian catholic record*, 2013, p. 59: «The principle of Probabilism states that you cannot bind people to observance when there is a doubt of law or a doubt of fact».

³¹ ROSMINI, *Filosofia della morale*, vol. III, *Trattato della coscienza morale*, libro III, in *Opere*, vol. XI, Napoli, 1844, 213.

³² *Ivi*, 216-218.

³³ *Ivi*, 224-229, ove si anticipavano le categorie dell'ignoranza colpevole vincibile e incolpevole invincibile.

intrinseco alla legge, la legge non esiste e non obbliga, foss'anco più probabile che questo vizio che annulla la legge ci avesse»³⁴.

2. *Quale “certezza del diritto” in presenza di dubbio ermeneutico?* La realtà contemporanea del sistema penale italiano per molti versi appare ancora lontana dagli evocati ideali illuministici, e spesse volte rimane un mero auspicio – utopico nella sua completa realizzazione – quella legge penale formulata in termini tassativi da poter essere applicata secondo criteri d'interpretazione così oggettivi da non lasciare spazio alla discrezionalità giudiziale.

Da un lato, infatti, l'attività interpretativa non è riducibile a mero sillogismo, ma in qualche modo ha quasi sempre natura analogica³⁵. Del resto – sebbene a nostro avviso sia deducibile implicitamente dalla Costituzione³⁶ – il nostro ordinamento è privo di una norma che esplicitamente indirizzi il giudice penale nella scelta del significato da attribuire alla disposizione quando questa sia suscettibile di più interpretazioni, tutte plausibili. Manca, cioè, una norma che appositamente consacri quel ricordato principio probabilistico secondo cui, quando il confine dell'obbligatorio appare incerto *in iure*, bisogna favorire la libertà. Infatti, se così fosse – sebbene non si potrebbe comunque parlare di perfetto sillogismo – risulterebbe maggiormente garantita la certezza del diritto in termini di prevedibilità delle decisioni giudiziali, in quanto, in anticipo, sarebbe possibile conoscere quale opzione interpretativa il giudice sareb-

³⁴ *Ivi*, 219-220. Per un'analisi del probabilismo nelle opere di Rosmini, MATTAI, *Antonio Rosmini e il probabilismo*, Torino, 1951.

³⁵ Sulla natura analogica di qualsiasi operazione interpretativa si veda HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, ed. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di Carlizzi, Napoli, 2007, *passim*, spec. 152 ss.; ID., *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 190 ss.; KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, *passim*, spec. 332; ID., *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*², Heidelberg, 1982, ed. it. *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di Carlizzi, Napoli, 2004, 31-32. Nella dottrina italiana si veda RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006, *passim*, spec. 708 e, volendo, CATERINI, *Il giudice penale come Janus bifrons: un auspicabile “strabismo” interpretativo*, in *Pol. dir.*, 2017, 170-171.

³⁶ L'art. 25, co. 2, Cost., vieta infatti solo di 'punire' se non nei casi previsti dalla legge, sancendo quindi il primato della garanzia della libertà individuale, anche, eventualmente, a costo di sacrificare le esigenze di certezza del diritto: sul punto, si veda già CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di Helzel-Katolo, Padova, 2012, 124-125.

be obbligato a scegliere tra le diverse tutte plausibili, mentre oggi lo stesso è libero di preferire anche la via interpretativa più sfavorevole all'accusato.

Dall'altro lato, proprio la tecnica normativa frequentemente scelta dal legislatore favorisce gli orientamenti giurisprudenziali 'espansivi' dell'area del penalmente rilevante, scelta emblematicamente rappresentata dalle innumerevoli disposizioni di rinvio contenute nella legislazione speciale di alcune materie, nonché da fattispecie dai contorni sfumati che si prestano alle più varie interpretazioni³⁷.

L'impianto normativo attuale sembra limitarsi a disciplinare le modalità di esercizio del potere giurisdizionale quando il dubbio inerisca al fatto *ex art. 530 c.p.p.*, nulla disponendo esplicitamente in relazione al dubbio di diritto. Anzi, secondo la dottrina più autorevole, l'eventualità che il giudice di merito si trovi innanzi a un dubbio relativo alla portata di una fattispecie non viene dall'ordinamento nemmeno contemplata³⁸. Di fronte a norme ambigue dai molteplici significati, infatti, il giudice penale deve decidere comunque, di talché è proprio quest'ultimo «ad uscire avvilito dalla opacità del sistema, costretto come è a far finta di non essere perplesso»³⁹.

Alla conclusione secondo cui il dubbio di diritto non è contemplato nell'art. 530 c.p.p., si giunge ponendo a confronto le formulazioni del 1° e 2° comma dello stesso articolo, in quanto nel secondo manca il riferimento alla formula assolutoria del fatto che «non è previsto dalla legge come reato», formula che

³⁷ Si veda più diffusamente *infra*, par. 4.

³⁸ Cfr. GALLO, *Fatto incerto e diritto controverso meriterebbero uguale trattamento*, in *Crit. dir.*, 2022, 1, 8.

³⁹ *Ivi*, 9. Vale la pena notare che - evidentemente oggi ben consapevole dell'esistenza di norme soggette a molteplici interpretazioni - il legislatore ha recentemente preso in considerazione e regolamentato il dubbio ermeneutico rilevante nel giudizio civile di merito. In attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha introdotto il nuovo art. 363-bis c.p.c. La novella s'inserisce nel quadro degli obiettivi della c.d. riforma Cartabia: l'art. 9, lett. g) della predetta legge delega, infatti, disponeva di «introdurre la possibilità per il giudice di merito, quando deve decidere una questione di diritto sulla quale ha preventivamente provocato il contraddittorio tra le parti, di sottoporre direttamente la questione alla Corte di cassazione per la risoluzione del quesito posto». Ai sensi dell'art. 363-bis, comma 1, c.p.c. il giudice, sentite le parti costituite, può ora disporre con ordinanza il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione «per la risoluzione di una questione esclusivamente di diritto», quando la stessa sia «necessaria per la definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione», sia connotata da «gravi difficoltà interpretative», e risulti «susceptibile di porsi in numerosi giudizi». Il co. 2, infine, precisa che l'ordinanza di rimessione deve recare «specifica indicazione delle diverse interpretazioni possibili».

riguarda le ipotesi in cui il proscioglimento non si fonda sulla valutazione delle prove del fatto, ma sull'attività d'interpretazione della legge, ossia sulla qualificazione giuridica dei fatti⁴⁰. Il secondo comma, com'è noto, impone l'assoluzione nel caso di mancanza, insufficienza o contraddittorietà, appunto, della prova, senza includere però l'ipotesi del fatto non previsto dalla legge come reato⁴¹. A differenza dell'evocato pensiero di Blackstone che riteneva provabile anche il diritto⁴², la contraddittorietà della *quaestio iuris* non sembra ricompresa in tale norma, come se il nostro legislatore abbia accolto quella visione cara al positivismo giuridico alla luce della quale l'interpretazione giuridica sarebbe sempre un'operazione asettica e avalutativa che conduce comunque a esiti certi⁴³. È invece ormai abbastanza consolidata l'idea secondo la quale è difficile se non impossibile negare che l'*ars interpretandi* spesso non consente un solo risultato plausibile, perché viceversa normalmente è possibile addivenire ad alternative ermeneutiche ugualmente legittime giacché razionalmente fondate⁴⁴. Se così è, in prospettiva *de lege ferenda* non sarebbe illogica quella previsione che imponesse al giudice di assolvere, con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", anche nel caso di dubbio sulla qualificazione giuridica del fatto⁴⁵.

Non sembra peraltro superfluo ricordare che nel disegno del legislatore italiano la previsione dello *standard* probatorio del ragionevole dubbio risponde proprio all'avvertita necessità di evitare che il libero convincimento del giudice trascenda in arbitrio incontrollabile⁴⁶, così implementando anche quei «canoni di giudicatura» auspicati da Filangieri. Se però è stata regolamentata l'ipotesi di dubbio sul fatto, in caso di dubbio ermeneutico la 'dimenticanza'

⁴⁰ TONINI-CONTI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2022, 816.

⁴¹ DANIELE, *Proscioglimento (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 1, 2008, 899.

⁴² Si veda *supra*, par. 1.

⁴³ Tradizionalmente, anche sotto la vigenza del vecchio codice di procedura penale, si è sempre contestato che la formula assolutoria dubitativa potesse riguardare l'incertezza in ordine ai momenti normativi o giuridici della decisione. Cfr. SIRACUSANO, voce *Assoluzione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. III, 1958, 933, con ivi richiamati altri riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁴⁴ GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, 19; MONATERI, «Correct our Watches by the Public Clocks», *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in *Diritto, giustizia e interpretazione, Annuario Filosofico Europeo*, a cura di Derrida-Vattimo, Bari, 1998, 203; HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 9 ss.; CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Bari, vol. 1, 2004, 69 ss.

⁴⁵ DANIELE, *Proscioglimento*, cit., 899.

⁴⁶ CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., 180-181.

normativa ormai appare evidente⁴⁷, poiché mancano espliciti criteri legalmente stabiliti volti a contenere la potenziale *vis expansiva* del potere giudiziario, ovvero una norma che anche in caso di dubbio su una questione di diritto espressamente orienti il giudice verso una determinata direzione ermeneutica ispirata al principio di derivazione costituzionale del *favor libertatis*⁴⁸. Dunque, in assenza di parametri normativi che orientino esplicitamente l'attività ermeneutica anche in caso di dubbio di diritto, il principio di libero apprezzamento del giudice cela il rischio di degradare la legalità penale a una legalità meramente 'interpretativa'⁴⁹, contraddicendo le stesse premesse ideologiche di matrice illuministica sulla separazione dei poteri e sul vincolo del giudice alla legge⁵⁰.

Com'è stato osservato, inoltre, il vincolo del giudice alla legge di cui all'art. 101 Cost. si riferisce non alla legge che è tale solo sul piano formale, ma alla legge conforme a Costituzione⁵¹, con la conseguenza che quando la giurisprudenza s'imbatta in disposizioni ambigue ed estrinseca il proprio potere attribuendo alla fattispecie la portata più ampia, oppure restringe l'ambito applicativo di norme 'di favore' per l'accusato, il rischio è quello di eludere l'insieme delle garanzie costituzionali a tutela non solo del principio di legalità e dei suoi corollari, ma anche dei diritti dell'individuo contro i possibili abusi del potere giudiziario⁵².

⁴⁷ Bisogna ricordare, del resto, che la formulazione dell'art. 533 c.p.p. non svolge alcuna distinzione tra dubbio sul fatto e sul diritto, dando al giudice la possibilità di condannare solo quando «l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio». Tale osservazione potrebbe essere valorizzata per come meglio si vedrà *infra*.

⁴⁸ Sulla necessità di introdurre un'esplicita disposizione normativa *ad hoc* che preveda un'apposita regola ermeneutica incentrata sul *favor rei*, v. già CATERINI, *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, in *Pol dir.*, 2019, vol. L, 328-329. In termini analoghi, recentemente, GALLO, *Fatto incerto e diritto controverso*, cit., 9-10.

⁴⁹ L'espressione è di BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale. Tra regole ermeneutiche, giustiziabilità dell'analogia, nomofilachia e mutamento sfavorevole*, in *www.sistemapenale.it*, 28 giugno 2022, 1 ss.

⁵⁰ *Ivi*, 2.

⁵¹ *Ivi*, 3.

⁵² Nel tutelare i diritti fondamentali, l'art. 2 Cost., infatti, esprime anche il principio per il quale l'accusato è un soggetto 'debole' che deve essere protetto dall'esercizio arbitrario della giurisdizione: sul punto, STELLA, *Oltre il ragionevole dubbio: il libero convincimento del giudice e le indicazioni vincolanti della costituzione italiana*, in AA.Vv., *Il libero convincimento del giudice penale. Vecchie e nuove esperienze*, Milano, 2004, 96.

Se, invece, nel caso di dubbio ermeneutico si dovesse necessariamente seguire un criterio esegetico univoco ispirato al *favor* verso l'accusato, risulterebbe rafforzata anche quella certezza del diritto a cui anelavano gli illuministi, e con essa la prevedibilità delle pronunce giurisprudenziali sancita anche dall'art. 7 CEDU, riducendo le disparità di trattamento tra i consociati generate dai contrasti interpretativi che si pongono, nei loro esiti, ai limiti del rispetto del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.⁵³.

Oggi, nella pratica, abbandonato il mito illuministico del giudice *bouche de la loi*, in molti è sempre più forte la convinzione che quando si parla di legge penale non si fa riferimento alla legge in astratto, ma a quella che vive nelle interpretazioni dalla giurisprudenza⁵⁴, in un sistema giuridico in cui il controllo sul rispetto del principio di legalità è operato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione – in via peraltro meramente eventuale e subordinata al rilevamento dell'esistenza di un contrasto interpretativo in seno a una sezione – così determinando la sostanziale coincidenza della figura del controllato con quella del controllore⁵⁵.

Si è osservato, del resto, che «il tema del giudizio si scompone in due sotto-temi, dato che la “colpevolezza” implica valutazioni di fatto e di diritto», e dunque «a rigore dovrebbe soggiacere alla prova “oltre ogni ragionevole dubbio” anche la qualificazione giuridica del fatto che della colpevolezza è elemento costitutivo»⁵⁶, anche considerando che è la norma di diritto penale sostanziale che definisce e seleziona ciò che nel processo costituisce il fatto⁵⁷, e

⁵³ CATERINI, *Il giudice penale come Janus bifrons*, cit., 171-172. Sul contrasto con il principio di legalità della coesistenza di contrapposti orientamenti giurisprudenziali in ordine all'inquadramento giuridico di una medesima condotta, tra gli altri, BIANCHI, “*The tie must go to the defendant*”. *La rule of lenity nel sistema penale statunitense*, in *Incl. pen.*, 2020, 231.

⁵⁴ BARTOLI, *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 735 ss.; GROSSI, *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica postmoderna in Italia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2021, 155 ss.

⁵⁵ In questi termini, BARTOLI, *Nuovi scenari della legalità penale*, cit., 4., che evidenzia come un controllo ‘esterno’ sul rispetto del principio di legalità da parte della giurisprudenza sia possibile solo nella prospettiva europea.

⁵⁶ FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, a cura di Ferrua et al., Torino, 2007, 296 e 352.

⁵⁷ TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 75. Sulla tesi della inscindibilità della *quaestio facti* dalla *quaestio iuris* si vedano UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 25 ss.; MAZZARESE, *Dubbi epistemologici sulle nozioni di «quaestio facti» e «quaestio iuris»*, in *Riv. int. fil. dir.*, 69, 1992, 294 ss.; VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007, 54

che il fatto tipico ricomprende anche elementi di natura normativa⁵⁸. Peraltro, pure guardando all'ambito europeo, fatto e diritto non sembrano aspetti scindibili⁵⁹, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte EDU nella sentenza *Drassich*, secondo cui la garanzia del contraddittorio deve essere assicurata pure in ordine alla qualificazione giuridica del fatto⁶⁰. In tal senso sembra militare anche la direttiva 2016/343/UE che, all'art. 6, rubricato «onere della prova», co. 2, recita: «Gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta»⁶¹.

A fronte, dunque, dell'assenza di una disposizione che stabilisca esplicitamente precisi limiti all'attività esegetica della giurisprudenza, in Italia il giudice è sovente incline a risolvere le ambiguità normative ora estendendo la portata delle disposizioni incriminatrici mediante interpretazioni molto late che si pongono o valicano i limiti dell'analogia, ora restringendo l'ambito delle disposizioni a favore dell'accusato⁶², assecondando così un'espansione della *law in action* difficilmente conciliabile con il principio di legalità nella sua dimensione 'garantista'⁶³.

ss.; ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattito penale*, in *La prova nel dibattito penale*, cit., 501 ss.; QUATTROCOLO, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli, 2011, 61 ss.; CASSIBBA, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano, 2016, 66-67. In senso diverso, BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, 2005, 233; COMAN-
DUCCI, *La motivazione in fatto*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, cit., 223-225; CORDE-
RO, *Procedura penale*, Milano, 1966, 620.

⁵⁸ MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, 182-185; in Italia, recentemente, BONINI, *L'elemento normativo nella fattispecie penale*, Trento, 2016, *passim*, spec. 235 ss.

⁵⁹ Cfr. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2007, 1, 171; AIMONETTO, *Condanna europea e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1525; ZACCHE', *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2009, 785-78; CATERINI, *Dal cherry picking del precedente*, cit., 331.

⁶⁰ Corte EDU, Sez. II, 11 dicembre 2007, *Drassich v. Italia*.

⁶¹ Sul punto, v. già CATERINI, *Dal cherry picking del precedente*, cit., 330 ss.

⁶² Si pensi alle pronunce in materia di espulsione dello straniero quale misura alternativa alla detenzione ex art. 16, co. 5, TUI, il più delle volte soggetto a interpretazioni 'elastiche', o, ancora, alle sentenze con cui, prima dell'entrata in vigore del decreto "Lamorgese", si adottava un'interpretazione strettamente aderente al significato semantico della disposizione di cui all'art. 19, co 2, TUI, che prevede le cause ostative all'espulsione, limitandone così l'ambito applicativo: in tema, CATERINI-ZINGALES, *La benignior interpretatio nel diritto penale della miseria: una comparazione italo-statunitense in tema di immigrazione*, in *Diritto penale della miseria, miseria del diritto penale*, a cura di Caterini-Cavaliere-Simon-Zaffaroni, Pisa, 2022, 105 ss.

⁶³ Sulle due accezioni del principio di legalità, quella 'efficientista' e quella 'garantista', si vedano RONCO,

Seguendo una linea già tracciata sul tema dell'interpretazione favorevole quale criterio che dovrebbe guidare il giudice penale in presenza di un dubbio interpretativo⁶⁴, dopo averne individuato alcune ascendenze nel pensiero settecentesco e ottocentesco, si vuole ora indirizzare la ricerca verso taluni principi affini del sistema giuridico statunitense, modello solo in apparenza molto distante da quello italiano, ma che sembra anzi fornire delle occasioni di riflessione utili pure in una prospettiva interna.

3. *Il reasonable doubt e l'incertezza in iure nella tradizione giuridica statunitense.* Anche nel sistema penale statunitense, salvo quanto si preciserà oltre, mancano disposizioni di portata generale che indichino puntualmente al giudice dei criteri utili a dipanare il dubbio interpretativo quando la fattispecie risulti soggetta a più interpretazioni plausibili, e pure in quell'ordinamento sembrerebbe netta la distinzione tra fatto e diritto, cui fanno riferimento anche la Costituzione⁶⁵ e alcune leggi⁶⁶.

Ciononostante, anche dai principi costituzionali su cui si regge quel sistema giuridico è possibile ricavare una direzione ermeneutica univoca ispirata al *favor rei* che il giudice dovrebbe seguire quando vi sia un ragionevole dubbio sulla portata di una fattispecie incriminatrice, ovvero quella risultante dall'applicazione della c.d. *rule of lenity*⁶⁷, regola ermeneutica che si risolve nell'adozione dell'interpretazione che, in caso di permanente ambiguità del testo nonostante il ricorso ai canoni interpretativi classici, risulti più favorevole all'accusato.

Il principio di legalità, Commentario sistematico al codice penale, in vol. I, *La legge penale*, diretto da Ronco, Bologna, 2006, 80; CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 118 ss. Sulla legalità intesa come 'scudo' o come 'spada', FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, New York-Oxford, 1998, *Grammatica del diritto penale*, trad. it. Papa, Bologna, 2004, 324 ss.

⁶⁴ V. già CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 99 ss.; ID., *Il giudice penale come Janus bifrons*, 169 ss.; ID., *Dal cherry picking del precedente alla nomofilachia favorevole all'imputato*, *ivi*, 2019, 327 ss.

⁶⁵ *U.S. Constitution, amendment. VII*: «*In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*».

⁶⁶ Ad esempio, 29 U.S.C. § 660(a) (1988): «*The findings of the Commission with respect to questions of fact, if supported by substantial evidence on the record considered as a whole, shall be conclusive*».

⁶⁷ Si veda *infra*, par. 7.

Secondo un'impostazione dottrinale – riconducibile alla richiamata idea blackstoniana della prova del diritto – la *rule of lenity* rientra tra le *clear-statement rules*⁶⁸, ovvero nel novero di taluni principi e regole che, eccezionalmente⁶⁹, fissano uno *standard* della prova relativamente agli aspetti “normativi” che connotano la fattispecie astratta: il giudice può adottare una determinata opzione interpretativa solo quando essa presenti inequivocabilmente i requisiti richiesti dall'ordinamento per la prova sul fatto⁷⁰. Anche alla luce della natura di *clear-statement rule* della *rule of lenity*, quando l'ambiguità del testo non consenta di ritenere raggiunto siffatto *standard*, il giudice dovrebbe interpretare la disposizione in senso sfavorevole all'accusa (*against the Government*)⁷¹. Se, allora, si sostiene che lo *standard* della prova riguardi tanto elementi di fatto quanto di diritto, la scelta di un'opzione ermeneutica rispetto a un'altra, egualmente plausibile, presuppone invero che essa sia ritenuta ‘migliore’ rispetto a quest'ultima⁷², essendo prima di tutto qualificata da quegli attributi che nel sistema penale degli U.S.A. governano il principio dello *standard* probatorio in relazione al fatto, ovvero la significatività e l'ammissibilità riferite, stavolta, al significato da attribuire alla disposizione⁷³.

⁶⁸ Per una definizione delle *clear-statement rules* si rinvia a SCALIA-GARNER, *Reading law: the interpretation of legal texts*, St. Paul, 2012, *Appendix B*: «A doctrine holding that a legal instrument, esp. a statute, will not have some specified effect unless that result is unquestionably produced by the text».

⁶⁹ Si tratta, infatti, di pochi principi che s'innestano su un sistema penale che generalmente non prevede uno *standard* probatorio *ad hoc* per ritenere sufficientemente ‘provato’ il significato di una fattispecie: sul punto, LAWSON, *Proving the law*, in *Northwestern University law review*, 1991-1992, LXXXVI, 4, 888.

⁷⁰ *Ibidem*: «under certain conditions, propositions of law should be accepted by decisionmakers only if they are unmistakably compelled by the relevant admissibility and significance rules and evidence sets».

⁷¹ Nel sistema penale statunitense, una *criminal clear-statement rule* è considerata, essenzialmente, una regola valoriale (*value statement*): nel caso della *rule of lenity*, tale regola garantisce la libertà personale contro leggi penali ambigue, come sottolinea HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity as a canon*, in *New York University law review*, 2020, XCV, 734. La *rule of lenity* dovrebbe essere considerata, peraltro, la principale *clear-statement rule* tra quelle vigenti nel sistema giuridico americano, in ragione dei principi costituzionali alla cui tutela essa è strumentale: v. ID., *Clarity in criminal law*, *American criminal law review*, 2017, 711 e 713 ss.

⁷² LAWSON, *Proving the law*, cit., 890. Nella dottrina statunitense, infatti, vi sono riferimenti, pur se impliciti, all'interpretazione di un testo di legge ritenuta ‘migliore’, che dovrebbe essere poi quella adottata dal giudice: si veda ad esempio AMAR, *Taking Article III Seriously: A Reply to Professor Friedman*, in *Northwestern University law review*, 1991, LXXXV, 2, 442-443: «the real question is: which reading of article III [...] is the best?».

⁷³ In questi termini, sempre LAWSON, *Proving the law*, 891: «the determination that one interpretation is “better” than another is a function of principles of admissibility and significance. That is, admissibility and significance rules, applied to particular evidence sets, determine the relative rankings of competing

Vi sarebbe dunque una sostanziale coincidenza tra la *ratio* della *rule of lenity* e quella posta a base delle regole sulla prova del fatto storico: la sanzione penale incide sulla libertà personale, bene costituzionale la cui tutela richiede necessariamente il raggiungimento di uno *standard* probatorio particolarmente rigoroso, che dovrebbe estendersi anche al significato della fattispecie⁷⁴. Si è osservato, infatti, che l'attività ermeneutica consiste nello sforzo d'individuare e classificare - all'interno di una 'scala ordinale' - tutti i significati plausibili di una disposizione dopo aver esaminato la portata degli elementi a supporto di queste interpretazioni; elementi che, analogamente a quello che vale per il fatto, rilevano come *evidence* per l'attribuzione di significato al testo normativo⁷⁵. Non sarebbe così diversa, quindi, l'operazione che il giudice compie per la ricostruzione dei fatti mediante la valutazione delle risultanze probatorie, rispetto a quella operata per ricostruire il significato di una fattispecie ricorrendo a quelle che possono essere definite 'prove giuridiche', quali la Costituzione, altre norme o i precedenti: in entrambi i casi, infatti, l'interprete procede mediante inferenze tratte dalle 'evidenze'⁷⁶.

Secondo tale orientamento, il raggiungimento di un determinato *standard* della prova circa il significato da attribuire alla fattispecie caratterizzerebbe qualsiasi giudizio interpretativo, financo indipendentemente da una specifica consapevolezza che ne abbia il giudice⁷⁷. Se tale impostazione prescrive la preferenza per l'interpretazione favorevole al *defendant* e contraria alla pubblica accusa, negli Stati Uniti non è tuttavia richiesto al pubblico ministero di provare "oltre ogni ragionevole dubbio" che il significato della fattispecie ascritta all'imputato sia esattamente quello asserito dalla stessa accusa⁷⁸.

interpretations».

⁷⁴ *Ibidem* «*criminal incarceration and stigma are deemed to be categorically more consequential than other legal outcomes and accordingly require a stricter standard of proof*».

⁷⁵ TILLERS, *The value of evidence in law*, cit., 168-169.

⁷⁶ *Ibid.*; ALLEN-PARDO, *The myth of the law-fact distinction*, in *Northwestern University law review*, 2002, XCVII, 1792-1793, secondo cui l'unica differenza consiste nella rilevanza giuridica degli elementi utilizzati per ricostruire il senso di una fattispecie rispetto a quelli prettamente fattuali alla base della prova sul fatto.

⁷⁷ LAWSON, *Proving the law*, cit., 890: «*A background standard (or standards) for initial determinations of law must exist whether or not it is acknowledged or recognized by the persons applying it*».

⁷⁸ In senso critico, *ivi*, 895.

Sulla scorta di una sostanziale equivalenza epistemologica tra fatto e diritto, la cui distinzione è considerata una creazione puramente convenzionale, si è così propugnata l'applicazione dello *standard* del ragionevole dubbio riferito anche all'astratta fattispecie ambigua, che non potrebbe essere applicata ove non sia raggiunta una data soglia di 'certezza' circa il suo significato⁷⁹. La *rule of lenity* – nonché il principio da cui essa deriva, quello di *legality* – risponde infatti alla medesima *ratio* della presunzione di non colpevolezza⁸⁰: mentre quest'ultima disciplina l'incertezza relativa al fatto ascritto all'accusato, la presunzione alla base della *rule of lenity* riguarda il modo in cui devono essere risolte le incertezze sul significato delle disposizioni da cui dipende la rilevanza penale della condotta contestata⁸¹. Anche in caso di "ragionevole dubbio" interpretativo, quindi, il giudice dovrebbe privilegiare l'opzione ermeneutica più favorevole all'imputato⁸², nell'ottica di assecondare l'*in dubio pro reo* e il *favor rei*, così scongiurando punizioni per fatti che, data l'insufficiente determinatezza della fattispecie, solo in via ipotetica potrebbero essere considerati illeciti penali⁸³.

⁷⁹ *Ivi*, *passim*, spec. 863: «*the law-fact distinction, whatever its utility, is purely a creature of convention. From an epistemological perspective, every positive propositional claim about the law in the form "the law is X" is a factual claim of one sort or another. Of course, (conventionally defined) propositions of law and fact may describe different kinds of facts, whose discovery might require somewhat different modes of inquiry, but that does not alter their epistemological equivalence as descriptive claims about some feature of the physical, mental, or moral world.*». L'Autore utilizza inoltre le teorie cartesiane per sostenere che uno *standard* probatorio dovrebbe essere applicato anche alle proposizioni giuridiche oltre che a quelle fattuali: v. 877-878.

⁸⁰ Osserva che la presunzione d'innocenza deriva dal principio di legalità DRIPPS, *The constitutional status of the reasonable doubt rule*, in *California law review*, 1987, LXXV, 5, 1665, 1680-1687.

⁸¹ WESTEN, *Two rules of legality in criminal law*, in *Law and philosophy*, 2007, XXVI, 3, 281-282: «*The so-called "presumption of innocence" is a presumption that governs how uncertainties regarding the facts of a defendant's conduct ought to be resolved, while the presumption underlying the rule of lenity is a presumption that governs how uncertainties regarding the statutory meaning of a defendant's conduct ought to be resolved.*».

⁸² *Ivi*, 281-282, sottolinea l'identità di *ratio* della presunzione di non colpevolezza e del principio di legalità: «*the presumption of factual innocence requires that defendants be acquitted unless it is shown to a moral certainty that they have in fact done what it is known that the people of the state mean to prohibit in law, so, too, legality requires that defendants be acquitted unless it is shown to a moral certainty that the people of the state mean to prohibit in law what it is known that the defendants in fact did. The two presumptions are equally fundamental because the risk of error in both cases is the risk that the state will unwittingly punish a defendant who did nothing wrong.*».

⁸³ *Ivi*, 282: «*they both [the presumption of innocence and the rule of lenity] derive from a widely shared belief that punishing persons for supposed violations they did not commit is profoundly unjust.*».

L'esperienza statunitense offre peraltro importanti spunti anche sul piano della prassi applicativa dello *standard* del *reasonable doubt* riferito agli aspetti 'normativi' della fattispecie. In alcuni Stati americani, infatti, come ad esempio in Massachusetts⁸⁴ e in California⁸⁵, sovente le Corti hanno applicato lo *standard* come presupposto della *strict construction*. Già nell'800, in *Ex parte Rosenheim* i giudici californiani affermarono esplicitamente che il ragionevole dubbio fosse un beneficio di cui l'accusato poteva godere anche quando il dubbio riguardasse una questione di diritto e non solo di fatto⁸⁶, principio più volte ribadito dalla giurisprudenza statale successiva⁸⁷.

4. *Le [ir]riducibili tensioni tra legalità penale e law in action nel caso di dubbio sulla quaestio iuris.* Nel quadro giuridico italiano, le tensioni tra il principio di legalità alludente all'ideale democratico (art. 25, co. 2, Cost.) e l'esercizio di quell'attività interpretativa sguarnita di particolari limiti salvo il simbolico divieto di analogia in materia penale, si manifestano in tutta la loro evidenza in quella tendenza del "diritto vivente" a travalicare i limiti dell'interpretazione estensiva sconfinando in vere e proprie "creazioni" normative suscettibili di tradursi in *overruling* o *revirements in peius*.

La *vis* pervasiva della giurisprudenza, che sempre più s'impone con le sue 'originali' ricostruzioni della norma penale, è peraltro favorita da una copiosa produzione legislativa frequentemente distinta da formulazioni lontane dal principio di sufficiente determinatezza, dunque caratterizzate dall'utilizzo di concetti vaghi che conducono verso l'inesorabile risultato dell'imprevedibilità

⁸⁴ In Massachusetts, in particolare negli anni '80, le Corti penali hanno definito i presupposti applicativi della *strict construction* in termini di *reasonable doubt*: si veda, tra le altre, *Aldoupolis v. Commonwealth*, 386 Mass. 260 (1982), ove si è affermato che «*the words of a criminal statute must be such as to leave no reasonable doubt as to its meaning or the intention of the legislature*».

⁸⁵ BATEY, *Techniques of strict construction: the supreme court and the gun control act of 1968*, in *American journal of criminal law*, 1968, XIII, 2, 133-134; FRIEDLAND, *Beyond a reasonable doubt: does it apply to finding the law as well as the facts*, in *Criminal law quarterly*, 2015, LXII, 4, 438.

⁸⁶ *Ex parte Rosenheim*, 3 Cal. 388, 23 P. 372 (1890) «*The defendant is entitled to the benefit of every reasonable doubt, whether it arise out of a question of fact, or as to the true interpretation of words or the construction of language used in a statute*». Nello stesso senso, *People v. Ralph*, 24 Cal. 2d 575 (Cal. 1944); *In Re McVickers*, 29 Cal. 2d 264 (Cal. 1946).

⁸⁷ Si vedano, ad esempio, *People v. Nichols*, 3 Cal. 3d 150 (Cal. 1970); *People v. Baker*, 69 Cal. 2d 44 (Cal. 1968).

degli esiti interpretativi⁸⁸. Guardando alla sua effettività, quella certezza del diritto riflessa nel *nullum crimen sine lege* rischia di diventare, o davvero diviene, una formula vuota, erosa da una proliferazione di fonti normative in materia penale dai contorni sfumati che fanno ricadere sull'interprete l'onere di delimitare i confini della condotta illecita, e che lasciano a quest'ultimo, di fatto, la titolarità di una funzione costituzionalmente riservata al legislatore, ovvero di operare le scelte di politica criminale. L'ambiguità delle norme penali malcelata dietro ai caratteri di generalità e astrattezza che le devono caratterizzare, nonché le incertezze interpretative che ne derivano, sono inoltre spesso accompagnate da discutibili tecniche di formulazione che rendono ancora più complesso il quadro normativo entro il quale l'interprete è chiamato a risolvere i dubbi interpretativi innescati dallo stesso legislatore⁸⁹. Né ovviamente è sufficiente il rispetto della legalità formale che si estrinseca nella riserva di legge e nel controllo *ex ante* o *ex post* che il Parlamento esercita sugli atti a essa equiparati, perché il problema dell'interpretazione della norma penale non riguarda tanto la natura della fonte di quest'ultima, ma la sua 'qualità', ovvero i suoi contenuti e le tecniche di redazione utilizzate⁹⁰. La formulazione delle disposizioni, in particolare quelle penali alla luce del rango dei beni in gioco, è notoriamente il portato di mediazioni e scelte di compromesso tra le varie forze politiche e, anzi, proprio tale 'dialettica' che vede coinvolte anche le minoranze parlamentari, costituisce una delle garanzie

⁸⁸ CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., 107. Sull'indeterminatezza della fattispecie e sulle relative implicazioni, tra i molti, BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, I, Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 33 ss. e 157 ss.; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, 421 ss.; MOCCIA, *La promessa non mantenuta*, Napoli, 2001, *passim*; più recentemente, MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 2018, 2222 ss.

⁸⁹ Significativa in tal senso la recente riforma della disciplina degli abusi di mercato contenuta nel T.U.F. in attuazione di specifici obblighi di matrice europea, caratterizzata da un ampio ricorso alla tecnica del rinvio al Regolamento UE n. 596/2014 anche nelle disposizioni penali. Sulle difficoltà per l'interprete a orientarsi innanzi al riformato T.U.F., si rimanda a MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 3, 174 ss. Può ricordarsi, ancora, la disposizione di cui all'art. 2391 c.c., rubricata «interessi degli amministratori», che richiama disposizioni extrapenali ai fini dell'individuazione dei soggetti attivi e della condotta penalmente rilevante, definito come «paradigma di come non dovrebbe mai operare il legislatore penale»: si veda CERQUA-PRICOLO, *L'omessa comunicazione del conflitto di interessi*, in *Diritto penale delle società*, a cura di Canzio-Cerqua-Lupària, Padova, 2016, 419.

⁹⁰ VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, 6.

proprie del principio di legalità, in specie la riserva di legge. Semmonché, l'esito di tali soluzioni compromissorie spesso è la redazione di norme vaghe e indeterminate che incoraggiano, anziché limitare, il potere 'creativo' della giurisprudenza, animata dalla preoccupazione di evitare supposte lacune di tutela dei beni giuridici, così ottenendo in alcuni casi il risultato di [ri]definire il contenuto delle fattispecie⁹¹. Dal canto suo, la giurisprudenza costituzionale - salvo qualche isolata pronuncia - registra un pressoché costante *self-restraint* nell'accogliere questioni di legittimità costituzionale per carenza di determinatezza⁹², e lascia al diritto 'vivente' la funzione di ricostruzione del significato delle norme penali⁹³.

Com'è noto, infatti, sono isolate le pronunce con cui la Consulta ha accolto le questioni di legittimità costituzionale per insufficiente determinatezza della norma penale, e le 'carenze' sul piano della tecnica legislativa sono il più delle volte 'colmate' da sentenze interpretative di rigetto che ridefiniscono il perimetro entro il quale la condotta tipica assume rilevanza penale⁹⁴. Ma detta 'cautela', a ben donde, si registra ovviamente già da parte della magistratura ordinaria: richiamando le interpretazioni del 'diritto vivente', infatti, raramente il giudice solleva la questione di legittimità costituzionale⁹⁵. Secondo quanto

⁹¹ Il riferimento è alla c.d. "supplenza giudiziale" in materia penale: in proposito, tra gli altri, FIORELLA, *La legge penale e la sua applicazione. Le strutture del diritto penale*, Torino, 2016, 25

⁹² PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, in *Interpretazione e precedente giurisprudenziale in diritto penale*, a cura di Cocco, Padova, 2005, 35-36; cfr. MARINUCCI-DOLCINI-GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2022, 83-84, che tuttavia evidenziano come dagli anni '80 si sia iniziato a intravedere una maggiore apertura della Corte costituzionale nel dichiarare costituzionalmente illegittime talune disposizioni ritenute carenti di precisione.

⁹³ Secondo la giurisprudenza costituzionale, la tassatività della norma penale sarebbe salvaguardata allorché il giudice possa fare affidamento su un'interpretazione giudiziale consolidata, ovvero su quella statisticamente più frequente. Tra le diverse pronunce, può ricordarsi l'ordinanza dell'11 giugno 2014, n. 172, in *Foro it.*, 2014, 9, I, 2283, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del delitto di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p., richiamando proprio l'interpretazione tassativizzante datane dal 'diritto vivente'.

⁹⁴ Può richiamarsi, tra le molte, Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 3529 ss., con nota di GIUNTA, *I contorni del «disastro innominato» e l'ombra del «disastro ambientale» alla luce del principio di determinatezza*, relativa alla fattispecie di cui all'art. 434 c.p. nella parte in cui punisce il c.d. 'disastro innominato'.

⁹⁵ Di recente, emblematico il rigetto della questione di legittimità costituzionale da parte di Cass., Sez. III, 30 gennaio 2020, n. 9736, in *Foro it.*, 2020, 248, in merito alla formulazione del delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p. In senso critico sulla terminologia utilizzata dal legislatore in tale fattispecie, tra gli altri, CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente. Contributo ad una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli, 2017, 340 ss.; RUGA RIVA, *I nuovi ecreati*:

(ri)affermato dalla recente giurisprudenza di legittimità, nemmeno i contrasti giurisprudenziali minerebbero la prevedibilità della decisione giudiziale, anche quando il giudice opti per l'opzione ermeneutica che rappresenta l'orientamento minoritario⁹⁶. Secondo tale impostazione, invero, non potrebbe parlarsi di *overruling* laddove vi sia una pluralità di orientamenti giurisprudenziali tra loro contrapposti e il dubbio ermeneutico sia successivamente risolto in un senso piuttosto che in un altro, trattandosi di mutamenti 'fisiologici' (in *bonam* o anche in *malam partem*). Un *overruling* contrastante con il principio di legalità e i suoi corollari sembra allora destinato a rimanere confinato, secondo tale impostazione, entro i limiti di un mutamento giurisprudenziale 'imprevedibile', ovvero di un orientamento che interviene in senso diverso rispetto a quello pacificamente condiviso e consolidato nella giurisprudenza⁹⁷.

In questo scenario, dunque, la necessità di recuperare l'ideale certezza del diritto riflessa nel principio *nullum crimen sine lege*, nonché la presa d'atto che la legge, da sola, non sarebbe in grado di svolgere la funzione di orientamento dei consociati, hanno indotto sempre più a ritenere che la regola non coincide con la legge ovvero con il testo scritto, essendo piuttosto quella ricavata dal giudice per il tramite della sua attività interpretativa⁹⁸. Da tale premessa s'inverna dunque la teoria del giusrealismo interpretativo – sia nella sua versione radicale⁹⁹ che in quella 'moderata'¹⁰⁰ – secondo la quale il giudice non

commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68, Torino, 2015, 10; DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2016, 78.

⁹⁶ Cfr. Cass., Sez. V, 17 maggio 2018, n. 41846, in *DeJure*.

⁹⁷ In questo senso, Cass., Sez. V, 14 ottobre 2020, n. 37524, in *DeJure*. Nella manualistica, si vedano FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 91, che in senso critico rilevano come, secondo l'impostazione seguita dalla stessa Corte costituzionale, la tassatività della fattispecie sarebbe comunque salva ogniqualvolta la disomogeneità interpretativa non superi la soglia di una normalità fisiologica, anche nel caso in cui manchi un orientamento prevalente.

⁹⁸ Cfr. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, cit., 38. Considerazioni analoghe sul ruolo della giurisprudenza, in specie quella europea, sono svolte da FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 63, i quali sottolineano comunque la preminenza della legge sull'interpretazione che ne dà il giudice, in forza della procedura democratica di cui essa è espressione. Nella dottrina di lingua tedesca, v. STRATENWERTH, *Strafrecht, allgemeiner teil*, I, Munich, 2002, 58.

⁹⁹ La versione più radicale del giusrealismo interpretativo presuppone che le disposizioni non abbiano alcun significato, se non quello che risulta dall'interpretazione dei giudici, sia nei sistemi di *common law* che in quelli di *civil law*. Più in generale sulla teoria giusrealista, altrimenti denominata dello 'scetticismo interpretativo', si rimanda a TROPER, *Una teoria realista dell'interpretazione*, trad. it. a cura di Guastini,

potrebbe non creare norme, opinione ritenuta suffragata da dimostrazioni empiriche che comproverebbero la tendenza, se non proprio l'inevitabilità della creatività giurisprudenziale, con evidenti similitudini con i sistemi tradizionali di *common law*¹⁰¹. Tuttavia, in un sistema di *civil law* in cui il precedente non assume carattere vincolante e quindi più facilmente ci si imbatte in contrasti giurisprudenziali, attribuire alla norma 'ricostruita' dal giudice una portata generale alla stregua delle fonti 'scritte', significa per un verso favorire l'erosione di quella certezza del diritto che invece si vorrebbe garantire, nonché, per l'altro, disattendere le garanzie costituzionali sancite dall'art. 25, co. 2, con ripercussioni sul principio di uguaglianza¹⁰² e di colpevolezza, poiché l'imprevedibilità delle opzioni interpretative incide inevitabilmente sulla conoscibilità dell'illiceità della condotta¹⁰³.

Se, così, il 'diritto penale legale' da un lato appare sempre più un'utopia illuministica, dall'altro il 'diritto vivente' manifesta tutta la sua fallacia, in assenza di parametri interpretativi univoci che vincolino l'interprete garantendo in tal modo un'uniformità di interpretazione¹⁰⁴. La stessa giurisprudenza della Corte di cassazione, titolare della funzione nomofilattica, registra, al suo interno, contrasti interpretativi la cui risoluzione è variabile perfino nell'ambito di una medesima sezione. I *revirements in peius* che si registrano nella prassi giudiziaria, favoriti dall'assenza di espliciti criteri ermeneutici univoci e vincolanti,

in *Mat. stor. cult. giur.*, 1999, 476 ss. Nella dottrina italiana, accanto a impostazioni meno nette, se ne ravvisano altre che sembrano allinearsi alle posizioni più estreme della teoria giusrealista, v. ad esempio TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 63 ss.; GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, 86; DICOTTI, *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Dipartimento di scienze storiche, giuridiche, politiche e sociali, *Working paper 45*, Siena, 2003, 13, nn. 9 e 14.

¹⁰⁰ Secondo tale tesi, la norma di per sé ha una molteplicità di significati e non nessuno come vorrebbe la versione più radicale del giusrealismo interpretativo. Ogni testo normativo, perciò, esprime potenzialmente più significati e l'interpretazione consiste nella scelta tra questa pluralità di opzioni. In tema, GUASTINI, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in *Ragion pratica*, 17, 2001, 43.

¹⁰¹ L'indagine ha riguardato un ordinamento di *common law* allo stato puro, quale quello scozzese: si veda CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 80 ss., 112.

¹⁰² CATERINI, *L'interpretazione favorevole*, cit., 107.

¹⁰³ Cfr. PULITANÒ, *Principio di legalità ed interpretazione della legge penale*, cit., 33.

¹⁰⁴ È stato evidenziato che i limiti legalmente posti all'attività interpretativa sarebbero espressi 'in negativo', ovvero consistono nel divieto di analogia in *malam partem*, nulla avendo disposto il legislatore 'in positivo' circa principi e criteri ai quali il giudice deve attenersi: sul punto, CONSULICH, *Così è (se vi pare). Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*, in *www.sistemapenale.it*, 10 aprile 2020, 2.

confermano quella pericolosa tendenza verso un aggiramento del principio di legalità e dei suoi corollari¹⁰⁵, posti a presidio delle garanzie dei consociati, ma spesso disattesi quando la ‘fonte’ del diritto è la giurisprudenza con i suoi enunciati. Cosicché, nella consapevolezza di non poter confidare solo sul *self-restraint* dei giudici, l’esigenza di comporre gli antichi conflitti tra le garanzie formali della legalità e le esigenze etiche di giustizia sostanziale, incoraggia la ricerca di un migliore bilanciamento tra il potere legislativo, da un lato, e l’inclinazione dei giudici verso l’interpretazione ‘creativa’, dall’altro, nel rispetto del principio della separazione dei poteri¹⁰⁶. Della necessità di meglio definire tale equilibrio è consapevole anche la recente giurisprudenza costituzionale, che ha ricordato come sia «il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte; sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il linguaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»¹⁰⁷.

5. *La clarity della legge penale nell’esperienza statunitense.* Il pericolo di un’erosione del principio di legalità attraverso interpretazioni ‘creative’ della giurisprudenza, si è posto al centro di un vivace dibattito anche nella dottrina penale statunitense post-moderna. Anzi, l’influenza dell’illuminismo e soprattutto di Beccaria anche nell’evoluzione del sistema penale americano – oggi improntato al principio di separazione dei poteri¹⁰⁸ e di legalità¹⁰⁹ – è oggi evi-

¹⁰⁵ Per un’analisi più ampia di tali aspetti, si rinvia a CATERINI, *L’interpretazione favorevole*, cit., 113 ss.; si vedano inoltre le considerazioni di CADOPPI, *Il valore del precedente*, cit., 107 ss. Il principio di legalità dovrebbe così assolvere alla funzione di bilanciamento tra potere legislativo e giudiziario, quindi tra «testo e contesto», come rilevato da PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regola iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di Vassalli, Napoli, 2006, 51.

¹⁰⁶ In questo senso, già CATERINI, *L’interpretazione favorevole*, cit., 107 ss.

¹⁰⁷ Corte cost., 14 maggio 2021, n. 98, in www.cortecostituzionale.it. In senso analogo, Corte cost., 31 maggio 2018, n.115, in *Cass. pen.*, 2018, 9, 2776 ss., con nota di GAMBARDELLA, *Inapplicabile senza eccezioni la “regola Taricco” nel nostro ordinamento: una parola definitiva della Corte costituzionale?*, *ivi*, 2786 ss.

¹⁰⁸ Artt. 1, 2, 3, *US Constitution*.

¹⁰⁹ Artt. 1, § 9, 10 *US Constitution*.

denziata pure dalla dottrina più recente¹¹⁰. Secondo alcuni Autori, peraltro, proprio dal brocardo *nullum crimen sine lege* deriva la regola secondo la quale alla legge penale deve essere data un'interpretazione 'stretta'¹¹¹.

Tradizionalmente ancorato ai principi di derivazione anglosassone propri della *common law* di cui saldamente mantiene alcuni tratti essenziali¹¹², il diritto penale statunitense ha registrato nel corso del tempo un progressivo abbandono dei modelli d'illecito di creazione giurisprudenziale (*common law crimes*) in favore di fattispecie di fonte legislativa, all'esito di un processo di riforma iniziato nei primi anni del XIX secolo. Sul presupposto che i tradizionali sistemi di *common law* non garantirebbero la certezza del diritto e la prevedibilità degli enunciati giurisprudenziali, oggi il diritto penale degli Stati Uniti è un diritto prevalentemente creato dal Congresso, unico organo legittimato alla funzione legislativa sul piano federale¹¹³. Il principio di separazione dei poteri di ascendenza illuministica¹¹⁴, e quello di legalità in materia penale,

¹¹⁰ BESSLER, *The Italian enlightenment and the American revolution: Cesare Beccaria's forgotten influence on American law*, in *University of Baltimore School of law*, 2017, XXXVII, 1, 2 ss.; cfr. SPECTOR, *The sentencing rule of lenity*, in *University of Toledo law review*, 2002, XXXIII, 3, 537.

¹¹¹ HALL, *Nulla poena sine lege*, in *Yale law review*, 1937, XLVII, 165: «*Employed as nullum crimen sine lege, the prohibition is that no conduct shall be held criminal unless it is specifically described in the behavior-circumstance element of a penal statute. In addition, nulla poena sine lege has been understood to include the rule that penal statutes must be strictly construed.*».

¹¹² Tra tutti, il principio dello *stare decisis*, che attribuisce al precedente carattere vincolante e non meramente 'persuasivo', come quello dei sistemi di *civil law*. In generale sul tema, tra i molti, MOORE, *Stare decisis: some trends in British and American application of the doctrine*, New York, 1958; LAUN, *Stare decisis, the fundamentals and the significance of Anglo-Saxon case law*, Hamburg, 1947; CHAMBERLAIN, *The doctrine of stare decisis: its reasons and its extent*, New York, 1885.

¹¹³ HORWITZ, *The transformation of American law, 1780-1860*, Cambridge, 1977, 9-16. Per una lettura in chiave critica dei *common law crimes* si vedano, tra gli altri, DU PONCEAU, *A dissertation on the nature and extent of the jurisdiction of the Courts of the United States (1824)*, Whitefish, Montana, 2010; BLACKSTONE, *Commentaries: with notes of reference to the Constitution and laws of the Federal Government of the United States and of the Commonwealth of Virginia*, Philadelphia, 1803.

¹¹⁴ Decisiva l'influenza dell'illuminismo nella radicazione della teoria della separazione dei poteri negli Stati Uniti: su tale aspetto, BAILYN, *The ideological Origins of the American revolution*, Harvard, 1965; JEFFERSON, *Jefferson, nationalism, and the Enlightenment*, New York, 1975, 3-30; GAY, *America the paradoxical*, in *Virginia law review*, 1976, LXI, 843. Sulla separazione dei poteri nella filosofia giuridica americana e sulla teorizzazione degli elementi strutturali coesenziali a un sistema giuridico moderno, HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, 95; FULLER, *The morality of law*, 1964, 41 ss. Si rinvia inoltre a MADISON, *The Federalist*, a cura di Rossiter, New York, 1961, 47, 301, che definiva icasticamente come tiranno un sistema di governo caratterizzato dalla concentrazione dei poteri: «*The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands [...] may just be pronounced the very definition of tyranny.*». Per una diversa impostazione, secondo cui il ridimensionamento del ruolo della giurisprudenza non sarebbe riconducibile alla separazione dei poteri, ma alla progressiva prolife-

entrambi elevati a rango costituzionale, delineano così i fondamenti del diritto penale statunitense odierno¹¹⁵, che si compone di un impianto ormai costituito dalla codificazione delle norme penali di fonte prevalentemente legislativa, soprattutto federale (*statutory crimes*), in luogo dei tradizionali *common law crimes* di matrice giurisprudenziale¹¹⁶.

Anche la dottrina penale statunitense ha evidenziato lo stretto legame che avvince il principio di legalità, e i suoi corollari, all'interpretazione della legge penale e ai suoi limiti, ponendo in risalto le criticità sollevate da testi normativi di non immediata intellegibilità che gravano il giudice dell'onere di meglio definire i contorni dell'illecito penale. Infatti, la poderosa legiferazione penale che negli USA, nel tempo, ha reso l'impianto normativo sempre più articolato, spesso si è accompagnata all'accentuazione dell'indeterminatezza di queste stesse leggi¹¹⁷; indeterminatezza peraltro considerata "graduabile" in base al *quantum* di ambiguità del testo, distinzione che rileva sul piano della diversa disciplina giuridica. In generale, il problema della ricostruzione del significato di una legge penale dai confini non ben definiti, riguarda la *lack of clarity*: tale

razione normativa delle fattispecie penali a fronte della quale la 'creatività giurisprudenziale' è divenuta "semplicemente non necessaria", si veda JEFFRIES, *Legality, vagueness, and the construction of penal statutes*, in *Virginia law review*, 1985, LXXI, 201-203.

¹¹⁵ Il principio di separazione dei poteri è esplicitato anche in alcune pronunce giurisprudenziali: si veda ad esempio *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654, 693-94 (1988), in cui la *Supreme Court* ribadiva l'importanza della separazione dei tre poteri dello Stato in conformità con i principi della Costituzione americana.

¹¹⁶ BECKMAN, *Three penal codes compared*, in *American journal of legal history*, 1966, 148; BLOOMFIELD, *William Sampson and the codifiers: the roots of American legal reform, 1820-1830*, *ivi*, 1967, 324; KADISH, *Codifiers of criminal law: Wechsler's predecessors*, in *Columbia law rev.*, LXXVIII, 5, 1098-1978, in particolare sugli sforzi di codificazione che hanno posto le premesse al *Model Penal Code*. L'incremento della produzione normativa in materia penale ad opera del Congresso ha caratterizzato in particolare l'ultimo secolo e mezzo: «*Congress in the last half century has been increasingly punitive, with little pushback politically, as Democrats fall over Republicans in a rush to add or expand crimes, enhance punishments, and restrict access to the writ of habeas corpus for both federal and state prisoners*», CHRISTIANSEN-ESKRIDGE JR., *Congressional overrides of Supreme Court statutory interpretation decisions, 1967-2011*, 92, in *Texas law review*, 2014, XCII, 1317-1383. Sulla centralità dei *federal crimes* nel sistema penale americano, si rinvia a SILVERGLATE, *Three felonies a day: how the feds target the innocent*, New York, 2009, *passim*.

¹¹⁷ L'impianto normativo statunitense nel tempo è divenuto anche più disorganico, con una sovrapposizione di fonti in astratto applicabili ai medesimi fatti che determina quel fenomeno qualificato come *overcriminalization*, come rileva HOPWOOD, *Clarity in criminal law*, *cit.*, 702; nello stesso senso, evidenziando come la *overcriminalization* sia pure la conseguenza dell'ambiguità delle disposizioni penali, WILSON, *The law of lenity: enacting a codified federal rule of lenity*, in *Duke law journal*, 2021, LXX, 1667.

carezza di chiarezza delle formulazioni può declinarsi in quella definita come *Statutory ambiguity*, in cui l'indeterminatezza è circoscritta a uno specifico termine suscettibile di più significati o a formulazioni che pongono dubbi interpretativi per casi all'evidenza *borderline*; ovvero in quella qualificata come *Statutory vagueness*, relativa a fattispecie di difficile risoluzione interpretativa a meno di forzature arbitrarie della lettura della norma¹¹⁸.

Nella tradizione giuridica statunitense, *ambiguity* e *vagueness* delle fattispecie sono storicamente legate anche ad abusi di potere e a vere e proprie scelte di politica criminale di natura discriminatoria ad opera dei giudici nei confronti di alcune minoranze, apparentemente legittimate dalla preesistenza di una norma penale scritta che però per la sua indeterminatezza lascia un margine troppo discrezionale nella fase applicativa e diventa suscettibile di potenziali arbitrii¹¹⁹. Il problema dell'interpretazione di norme dalla dubbia portata si pone allora anche per la dottrina penale statunitense, in termini di pericolosa deriva verso un'inammissibile 'produzione normativa' di fonte giurisprudenziale (*judicial lawmaking*), celata dietro l'attività interpretativa, pur sempre influenzata dalle personali vedute e dagli ideali perseguiti dall'interprete. In presenza di norme dal dubbio significato, le interpretazioni "ufficiali" del testo date dalla giurisprudenza diventano così espressione "dell'interesse del più

¹¹⁸ Cfr. WALDRON, *Vagueness in law and language: some philosophical issues*, in *California law review*, 1994, 82, 509 ss., che definisce i casi *borderline* come quelli «undecidable except by arbitrary stipulation». La *Statutory vagueness* potrebbe peraltro anche configurarsi in una dimensione "multilivello" (*multidimensional vagueness*): per approfondimenti di tale aspetto, v. SOLUM, *Intellectual history as constitutional theory*, in *Virginia law review*, 2015, CI, 1111 ss.; HART, *The concept of law*, Oxford, 1994, 123.

¹¹⁹ Ne costituiscono un esempio le *vagrancy laws*, la cui vaghezza si è prestata in passato a strumentalizzazioni ai danni degli *homeless*: emblematico il caso *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156, 170 (1972), nell'ambito del quale la Suprema Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'ordinanza *Jacksonville, Fla., Ordinance Code § 26-57* della Florida per *vagueness*; un altro esempio di utilizzo strumentale delle norme dalla formulazione estremamente generica si rinviene nel caso *City of Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41, 61 (1999): per approfondimenti, v. DOERR JR., *A failed attempt to take back our streets. A constitutional triumph for gangs: City of Chicago v. Morales*, in *Marquette law review*, 1999, LXXXII, 2, 447 ss. In generale su tali aspetti si rinvia ai commenti di ROBERTS, *Foreword: race, vagueness, and the social meaning of order-maintenance policing*, in *Journal of criminal law & criminology*, 1999, LXXXIX, 775 ss. Proprio ragioni di discriminazione razziale sottese all'obiettivo di asservimento della popolazione di colore in favore dei *white people*, hanno poi gettato le basi per l'adozione dei *Black Codes*, codici adottati nell'800 da molti Stati del sud-America le cui norme costituivano per larga parte il portato delle *vagrancy laws* interpretate in forma estensiva, come rileva STEWART, *Black codes and broken windows: the legacy of racial hegemony in anti-gang civil injunctions*, in *Yale law review*, 1998, CVII, 2249-2259.

forte”, rendendo del tutto evanescenti i confini applicativi entro i quali esse dovrebbero mantenersi nel rispetto del ruolo del legislatore¹²⁰.

Anche nel sistema penale americano, peraltro, non è affatto trascurabile l'effetto che le norme suscettibili di molteplici e sovrapponibili significati producono già sulle concrete modalità di esercizio dell'azione penale da parte della pubblica accusa. Fattispecie tipizzate in modo generico o costituite da elementi di dubbio significato, non solo agevolano la formulazione di capi d'imputazione riferiti a condotte non così agevolmente sussumibili all'interno della fattispecie, ma favoriscono anche un potenziale esercizio dell'azione penale da parte dei *prosecutors* dettato da ideologie e valori personali. Di fronte a norme vaghe che possono assumere più significati, infatti, il *prosecutor*, attingendo alla sua abilità 'creativa', sarà tendenzialmente incline a preferire interpretazioni volte ad ampliare la portata della fattispecie per, quantomeno, avviare un processo¹²¹.

Perfino in assenza di un processo i pericoli di strumentalizzazione di una norma dalla dubbia interpretazione rappresentano una concreta minaccia alle garanzie costituzionali - *in primis* il principio di legalità - che il diritto penale sostanziale erige a tutela dell'individuo. Emblematico l'esempio dei procedimenti che negli USA si concludono con l'ammissione di colpevolezza (*guilty plea*) e che consentono di beneficiare di un più mite trattamento sanzionatorio, i quali in definitiva risultano unicamente basati sulla 'ricostruzione' della norma ad opera del *prosecutor*, non essendo prevista quella fase di 'controllo' per mano del giudice, tipica del processo¹²².

¹²⁰ Così, incisivamente, ALLEN, *The erosion of legality in American criminal justice: some latter-day adventures of the Nulla Poena Principle*, in *Arizona law review*, 1987, XXIX, 391: «Because of his virtual freedom to assign meanings to the text, the reader will choose those that comport with his own interests and values. Hence “official” readings of legal texts by judges and administrators represent simply the interest of the stronger. The significance of language as a constraint on official behavior dwindles or disappears entirely».

¹²¹ Si veda HOPWOOD, *Clarity in criminal law*, cit., 705: «When criminal law expands and a lack of clarity abounds, there is temptation for federal prosecutors to stretch statutes as far as their creative minds can conceive».

¹²² Per tale via il *prosecutor*, infatti, può ottenere più facilmente l'ammissione di colpevolezza dell'imputato, mediante la prospettazione di una maggiore severità del trattamento sanzionatorio in assenza di tale dichiarazione: cfr. *United States v. Kupa*, 976 F. Supp., 2 ed., 417, (E.D.N.Y., 2013).

Il tema dell'interpretazione della norma penale coinvolge così gli aspetti legati alle fonti normative del sistema statunitense di *common law*, alle tecniche normative utilizzate, al principio di *clarity* e alle insidie che si celano dietro formulazioni dalla dubbia ricostruzione. Ma l'interpretazione della legge penale riguarda anche e soprattutto il rispetto dei principi costituzionali che governano la materia e che all'interprete non sarebbe dato disattendere. Proprio su tali principi, infatti, e in particolare su quelli della legalità e della separazione dei poteri, ha fatto leva anche parte della dottrina penalistica statunitense, individuando in essi un ineludibile argine alla creatività giurisprudenziale.

A differenza della *vagueness* della fattispecie, che costituisce un caso di vera e propria indeterminazione e può essere soggetta a dichiarazione d'incostituzionalità della Suprema Corte, i casi di *ambiguity*, in cui il dubbio interpretativo riguarda uno o più elementi della fattispecie, vengono risolti dalla dottrina statunitense invocando la già richiamata *rule of lenity*, sul presupposto che questa meglio consente il rispetto dei predetti principi costituzionali¹²³. La *rule of lenity*, tra l'altro, seguendo questa tesi consente di salvaguardare anche il principio di conoscibilità del precetto penale, negli Stati Uniti espresso dalla locuzione *fair warning*, anch'esso ritenuto di rango costituzionale¹²⁴, segnatamente corollario del *due process*¹²⁵.

6. *L'interpretazione della legge penale in senso favorevole al defendant nei primi sistemi giuridici di common law: la strict construction tra ratio e prassi applicativa.* Le origini della *rule of lenity* hanno matrice giurisprudenziale e si rinvencono in Inghilterra nel corso del XVII secolo: per mitigare l'eccessiva

¹²³ Nello specifico, sulla tutela approntata dalla *rule of lenity* ai principi costituzionali statunitensi, sia consentito il rinvio a CATERINI-ZINGALES, *La benignior interpretatio nel diritto penale della miseria*, cit., 125-132.

¹²⁴ «*Conduct is not criminal unless forbidden by law which gives advance warning that such conduct is criminal*»: si tratta peraltro di una definizione utilizzata più generalmente per il principio di *legality* a conferma della centralità del corollario, come si evince in LAFAYE-SCOTT JR., *Substantive criminal law*, cit., § 3.1. Si veda altresì *United States v. Harriss*, 347 U.S. 612, 617 (1954), dove la *Supreme Court* affermava che: «*No man shall be held criminally responsible for conduct which he could not reasonably understand to be proscribed*».

¹²⁵ XIV Amendment, Section 1, *US Constitution*: «*[...] nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*». La disposizione, ratificata nel 1868, garantisce il giusto processo all'interno dei singoli Stati, richiamando il medesimo principio sancito sul piano federale dal XV Amendment.

severità delle leggi penali promulgate in quel periodo storico, che prevedevano la pena di morte per molti delitti, la giurisprudenza elaborò la c.d. regola della *strict construction*¹²⁶. Il ricorso a tale criterio ermeneutico favoriva l'accusato nei confronti del quale non era applicabile il c.d. *benefit of clergy*¹²⁷, una regola di lenità originariamente prevista per il clero, ma successivamente estesa ai laici con sufficiente grado di alfabetizzazione¹²⁸.

Secondo la regola del *benefit of clergy*, quando la sanzione irrogata era quella della pena di morte - prevista, peraltro, anche per reati non gravi (*non-violent crimes*) e persino bagatellari¹²⁹ - il giudice chiedeva all'imputato di recitare alcuni versi della Bibbia e se quest'ultimo era in grado di farlo, il procedimento penale proseguiva innanzi a un tribunale ecclesiastico, che avrebbe inflitto all'imputato una condanna di un anno di reclusione in luogo della pena capitale, secondo il diritto ecclesiastico dell'epoca¹³⁰.

Poiché durante il regno di Enrico VIII il Parlamento inglese aveva adottato numerose leggi che escludevano il *benefit of clergy*, la giurisprudenza elaborò la regola della *strict construction* con il proposito di porre un argine all'eccessivo rigore delle pene¹³¹. Nella sua declinazione originaria della prima

¹²⁶ PRICE, *The rule of lenity*, cit., 897.

¹²⁷ È soprattutto sotto il regno di Enrico VIII che si registrò il proliferarsi di leggi che prevedevano la pena capitale ed escludevano il *benefit of clergy*: sul punto, HALL, *Strict or liberal construction of penal statutes*, in *Harvard law review*, 1934, XVIII, 750: «it was against this background of unmitigated severity in serious crimes that the doctrine of strict construction emerged»; HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 925.

¹²⁸ In tema, BEATTIE, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, 1986, 141-146. Nella letteratura penalistica italiana, si rinvia a BIANCHI, «The tie must go to the defendant», cit., 233 ss.; SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Torino, 2022, 325-326.

¹²⁹ Come quello di essere colti in compagnia di zingari: in tema, RADZINOWICZ, *A history of English criminal law and its administration from 1750*, London, 1948, 10-11; HOPWOOD, *Clarity in Criminal Law*, cit., 714.

¹³⁰ *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684, 692 (1975).

¹³¹ La regola della *strict construction* esprimeva così la preferenza verso la vita e la libertà personale rispetto al fenomeno dell'*overpunishment*, come rileva STINNEFORD, *Dividing crime, multiplying punishments*, in *UC Davis law review*, 2015, XVIII, 1997 ss. Si veda altresì JEFFRIES, *Legality*, cit., 198: «Faced with a vast and irrational proliferation of capital offenses, judges invented strict construction to stem the march to the gallows. Sometimes aptly called the rule of lenity, strict construction was literally “in favorem vitae”-part of a “veritable conspiracy for administrative nullification” of capital penalization»; HALL, *Strict or liberal construction*, cit., 748 ss.

prassi applicativa, dunque, la regola fu utilizzata anche in assenza di una vera e propria ambiguità della norma¹³².

Nel rilevare che il *favor libertatis* fosse un «principio eccellente» già ricavabile dalle XII Tavole di Roma, e nell'affermare che «*penal statutes must be construed strictly*», sempre Blackstone individuò la *ratio* della regola proprio nella prevalenza del *favor libertatis* ogniqualvolta il testo normativo presentasse ambiguità che potessero risolversi, alternativamente, in senso sfavorevole o favorevole all'imputato¹³³. L'esempio più celebre usato dal noto Autore inglese era quello relativo a uno statuto che sanzionava con la pena capitale il furto di «pecore o altro bestiame», formula ritenuta dai giudici inglesi eccessivamente ampia per ricomprendervi il furto di animali diversi dalle pecore, tanto che, successivamente, un nuovo statuto aveva previsto altre specie animali quali oggetti materiali della condotta¹³⁴.

Un riferimento alla *strict construction* è contenuto anche nelle opere di Bentham – che, secondo alcuni Autori statunitensi, è stato a favore della codificazione della regola¹³⁵ –, il quale osservava che la direttiva dell'interpretazione 'stretta' fosse tra le più controverse in campo giuridico¹³⁶. Peraltro, proprio sulla necessità che il diritto penale fosse ispirato a principi di garanzia quale la legalità con il ridimensionamento della creazione giudiziale, s'incentrava il pensiero di Bentham, filosofo e giurista inglese considerato il primo teorico della codificazione dei sistemi di *common law*¹³⁷, significativamente influenzato dalle ascendenze illuministiche beccariane¹³⁸.

¹³² Tale aspetto è messo in luce da HOPWOOD, *Clarity in criminal law*, cit., 714.

¹³³ BLACKSTONE, *Commentaries*, cit. «*it was one of the laws of the twelve tables of Rome, that whenever there was a question between liberty and slavery, the presumption should be on the side of liberty. This excellent principle our law has adopted in the construction of penal statutes; for whenever any ambiguity arises in a statute introducing a new penalty or punishment, the decision shall be on the side of lenity and mercy; or in favour of natural right and liberty; or, in other words, the decision shall be according to the strict letter in favour of the subject*».

¹³⁴ *Ivi*, 88.

¹³⁵ FRIEDLAND, *Beyond a reasonable doubt: does it apply to finding the law as well as the facts*, in *Criminal law quarterly*, 2015, LXII, 4, 441.

¹³⁶ BENTHAM, *A comment on the Commentaries: A criticism of William Blackstone's Commentaries on the laws of England*, Oxford, 1928, 141.

¹³⁷ *Ibid.*; FERRAJOLI, *Beccaria e Bentham*, in *Diciottesimo secolo*, vol. IV, 2019, 77.

¹³⁸ FERRAJOLI, *Beccaria e Bentham*, cit., 75 ss.

Importata oltreoceano, già ai primi dell'800 la regola della *strict construction* nella versione statunitense è stata funzionale principalmente a garantire l'attuazione delle scelte di politica criminale operate sul piano legislativo dal Congresso¹³⁹. Già in *United States v. Sheldon* i giudici statunitensi esplicitarono che le ambiguità normative dovevano essere risolte in senso favorevole al *defendant*, anzi, più specificatamente, in senso sfavorevole al pubblico ministero (*Government*), sul presupposto che una disposizione ambigua non consentiva di ricavare chiaramente la volontà legislativa¹⁴⁰. In questa sentenza i giudici dovevano ricostruire il significato di una disposizione penale che sanzionava il trasporto di articoli utili al rifornimento della guerra dagli Stati Uniti al Canada «con carro, carrello, slitta, barca, o altro» (*otherwise*). La questione sollevata innanzi alla *Supreme Court* verteva sulla possibilità di riportare al significato di «altro» la conduzione di buoi a piedi, dagli USA al Canada: osservando come non vi fossero ragioni che potessero giustificare un'interpretazione estensiva che avrebbe determinato un travalicamento del significato delle parole scelte dal legislatore, i giudici optarono per l'interpretazione 'stretta' della disposizione.

Tra le prime applicazioni negli Stati Uniti della regola della *strict construction*, il *lead case* più celebre è comunque quello di *United States v. Wiltberger*, nel quale assumeva rilevanza la portata delle *Sections* 8 e 12 del *Crimes Act* del 1790¹⁴¹. La *Section* 8 puniva alcuni reati, tra cui l'omicidio volontario commesso «in alto mare, o in qualsiasi fiume, porto, bacino o baia, al di fuori della giurisdizione di uno Stato in particolare». La *Section* 12, emanata successivamente, prevedeva invece una pena fino a tre anni per l'omicidio colposo commesso «in alto mare». L'imputato era accusato di aver commesso un omicidio colposo nelle acque di un fiume cinese: la *quaestio iuris* riguardava dunque l'applicabilità della *Section* 12, ovvero la possibilità di ricondurre le acque di un fiume extraterritoriale sotto la locuzione «alto mare». Secondo

¹³⁹ Pone in evidenza tale differenza rispetto alla versione inglese della regola, adoperata invece dai giudici per 'frenare' un legislatore 'eccessivamente zelante', ROMANTZ, *Reconstructing the rule of lenity*, cit., 527.

¹⁴⁰ *United States v. Sheldon*, 15 U.S. 119, 121-22 (1817). Il primo riconoscimento della regola della *strict construction* da parte della *Supreme Court* risalirebbe però al 1794, in *Bray v. Atalanta*, 4 F. Cas. 37, 38 (D.S.C. 1794), come rileva HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 940.

¹⁴¹ *United States v. Wiltberger*, 18 U.S. 76 (1820).

l'accusa, l'imputato si era reso responsabile di omicidio colposo ai sensi della *Section 12*, sulla scorta dell'argomento sistematico tratto dalla formulazione di cui alla *Section 8*, ove si equiparava l'alto mare al fiume extraterritoriale: secondo l'organo requirente, dunque, doveva ritenersi che la *Section 12* esprimesse la medesima volontà che il Congresso aveva esplicitato nella *Section 8*. Applicando però la regola della *strict construction*, il giudice Marshall osservò l'insidiosità di un'interpretazione giudiziale operata 'ricavando' la volontà legislativa da elementi extra-testuali allorquando, come nel caso di specie, la norma avesse un significato chiaro e inequivocabile (*plain meaning*) che non lasciava spazio ad ambiguità¹⁴². A differenza della *strict construction* usata in Inghilterra, precisava ancora Marshall, la *strict construction* statunitense presupponeva sempre un'ambiguità del testo normativo, cosicché non si poneva in contrasto con il principio di separazione dei poteri poiché non realizzava alcuna ingerenza dell'organo giurisdizionale nelle prerogative del Congresso. Si evidenziava inoltre che, ove la norma non lasciasse margini di ambiguità in ordine alla sua portata applicativa, la *strict construction* non potesse essere utilizzata per circoscrivere ulteriormente l'ambito di applicazione della fattispecie¹⁴³, a conferma della coerenza del canone ermeneutico rispetto al principio di separazione dei poteri. La *strict construction* veniva, infine, considerata coerente con la volontà legislativa, sul presupposto che il legislatore non intendesse intaccare la libertà personale se non quando non avesse espresso tale volontà in termini chiari e univoci¹⁴⁴.

La *strict construction* d'oltreoceano richiedeva dunque al giudice di scegliere l'opzione ermeneutica più favorevole al *defendant* per il tramite di un'interpretazione che delimitasse in senso rigoroso i confini applicativi della

¹⁴² Il giudice Marshall, in particolare, evidenziava la rischiosità di ricavare la volontà legislativa da elementi extra-testuali, non essendo giustificata tale operazione esegetica per il solo fatto che la condotta fosse di pari riprovevolezza di quella espressamente sanzionata (da altra norma). La *ratio* della *strict construction* veniva individuata da Marshall nel duplice scopo della tutela dei diritti dell'individuo ad opera della legge e dell'attuazione della separazione dei poteri, di ostacolo alla creazione di *common law crimes* per mano dei giudici: «*the strict construction is founded on the tenderness of the law for the rights of individuals; and on the plain principle that the power of punishment is vested in the legislative, not in the judicial department*».

¹⁴³ *Wiltberger*, cit., 95-96: «*where there is no ambiguity in the words, there is no room for construction*».

¹⁴⁴ SUTHERLAND, *Statutes and statutory construction: including a discussion of legislative powers, constitutional regulations relative to the forms of legislation and to legislative procedure*, Chicago, 1891, 440.

fattispecie, ogniqualvolta la portata della norma si presentasse “ragionevolmente discutibile” (*reasonably open to question*), soprattutto nei casi di regime sanzionatorio particolarmente severo¹⁴⁵. Il ricorso alla *strict construction* presupponeva la permanenza dell’ambiguità della norma nonostante l’applicazione dei tradizionali canoni interpretativi – di natura linguistica e testuale¹⁴⁶ – e, segnatamente, che residuasse un “ragionevole dubbio” circa l’individuazione del suo significato semantico e della sua portata¹⁴⁷. Un esempio emblematico di tale impostazione, come scritto in precedenza, è offerto dalla copiosa giurisprudenza dello Stato della California, che per lungo tempo ha utilizzato la *strict construction* ogniqualvolta residuasse un *reasonable doubt* sulla portata della fattispecie penale.

7. *La moderna strict construction d’oltreoceano: la rule of lenity*. Il superamento della regola della *strict construction* ad opera della giurisprudenza statunitense sembra risalire a *SEC v. C.M. Joiner Leasing Corp.*¹⁴⁸, procedimento nel quale venne per la prima volta applicata quella che fu denominata *rule of lenity* in luogo, appunto, della *strict construction*¹⁴⁹. Sovvertendo le priorità

¹⁴⁵ *Ivi*, 441, che rilevava come la volontà del legislatore non poteva essere quella di punire o incidere sulle libertà personali dell’individuo, salvo che ciò non fosse chiaramente esplicitato. Ed anzi, secondo i parametri applicativi della *strict construction*, in caso di dubbio ermeneutico, maggiore era l’entità della sanzione editale, più rigorosa doveva essere l’interpretazione del giudice, secondo un principio di graduazione dell’interpretazione stretta (*degree of strictness*), e p. 436: «*the construction will be more or less strict according to [...] the severity of the penalty*». Nello stesso senso, BISHOP, *Commentaries on the law of statutory crimes; including the written laws and their interpretation in general. What is special to the criminal law, and the specific statutory offences as to both law and procedure*, Boston, 1883, § 193, 186: «*statutes which subject one to a punishment or penalty, or to forfeiture, or a summary process calculated to take away his opportunity of making a full defense, or in any way deprive him of his liberty, are to be construed strictly. And the degree of strictness will depend somewhat on the severity of the punishment they inflict*».

¹⁴⁶ Si veda HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 927-928: «*the rule of strict construction typically applied as follows. First, a court would consult the statutory text, linguistic canons, and structure. Then, if there was a reasonable doubt about the statute’s meaning and ambiguity remained about what Congress intended, the court would construe it in favor of the defendant*».

¹⁴⁷ In giurisprudenza si faceva espresso riferimento al *reasonable doubt* quale presupposto applicativo della *strict construction*, tra le altre, in *Harrison v. Vose*, 50 U.S. (9 How.) 372, 378 (1850), dove si affermava che: «*in the construction of a penal statute, it is well settled [...] that all reasonable doubts concerning its meaning ought to operate in favor of the defendant*»; *Erbaugh v. United States*, 173 F. 433, 435 (8th Cir. 1909).

¹⁴⁸ *SEC v. C.M. Joiner Leasing Corp.*, 320 U.S. 344, 350 (1943).

¹⁴⁹ Più precisamente, in *SEC v. C.M. Joiner Leasing Corp.*, il giudice Frankfurter ‘rinominava’ la *strict construction* in *rule of lenity*, e ne enunciava i nuovi schemi applicativi che determinavano una più ri-

dei criteri applicativi sulla scorta delle quali il giudice avrebbe dovuto scegliere l'opzione interpretativa più favorevole al *defendant*, in questa sentenza si chiarì che la *rule of lenity* trova spazio solo alla fine del processo interpretativo (*lenity-last approach*)¹⁵⁰, qualora non sia possibile ricavare la volontà del legislatore ricorrendo ai canoni ermeneutici tradizionali di natura sistematica, storica e teleologica¹⁵¹. Alla luce di tale impostazione, la *rule of lenity* rappresenta dunque una regola 'di chiusura', secondo schemi che ne limitano la portata rispetto a quella della *strict construction*¹⁵². Ulteriore *discrimen* rispetto all'originaria versione della *rule* è rappresentato dall'inclinazione di parte della giurisprudenza a restringerne ulteriormente la portata applicativa, poiché nella prassi sovente non si richiede che vi sia un "ragionevole dubbio" ermeneutico¹⁵³, ma piuttosto una "grave ambiguità o incertezza" (*grievous ambiguity or uncertainty*)¹⁵⁴ nella formulazione dello statuto, non risolvibile me-

stretta operatività rispetto a quella della *strict construction*: in tema, HOPWOOD, *Clarity in criminal law*, cit., 717; cfr. STINNEFORD, *Dividing Crime*, cit., 1995.

¹⁵⁰ Esemplicativa di tale impostazione - che rispecchia l'attuale *trend* della giurisprudenza statunitense maggioritaria - la sentenza relativa al procedimento *Callanan v. United States*, 364 U.S. 587, 596 (1961): «*the rule comes into operation at the end of the process of construing what [the legislature] has expressed*»; v. anche *Moskal v. United States*, 498 U.S. 103, 108 (1990): «*We have always reserved lenity for those situations in which a reasonable doubt persists about a statute's intended scope even after resort to the language and structure, legislative history, and motivating policies of the statute*». Si veda inoltre *People v. Avery* (2002) 27 Cal.4th 4, pp. 57-58, dove la regola veniva definita come rimedio di 'last resort', utilizzabile «*if the court can do no more than guess what the legislative body intended*».

¹⁵¹ Vi sono state talvolta delle eccezioni, pur isolate, all'applicazione della *rule of lenity* secondo i parametri esposti. Un caso tra tutti, quello di *United States v. Santos*, in cui, abbracciando la tesi avanzata dal giudice Scalia, la *Supreme Court* affermava che la *rule of lenity* non poteva essere utilizzata in via subordinata rispetto al criterio della *legislative history*, che anzi avrebbe dovuto essere espunto dai parametri interpretativi utili a risolvere le ambiguità delle disposizioni. Ancora, sul respingimento della tesi secondo cui la *rule of lenity* sarebbe un criterio subordinato al previo ricorso al criterio storico della *legislative history*, si veda *United States v. R.L.C.*, 503 U.S. 291, 293 (1992). Nella dottrina penalistica italiana, si rinvia alla disamina di SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., 335 ss.

¹⁵² Perché la *strict construction* veniva utilizzata senza essere subordinata all'impiego infruttuoso degli altri canoni ermeneutici, sul presupposto 'prioritario di essere indulgenti verso i malfattori': così, *Callanan v. United States*, cit.

¹⁵³ *Abramski v. United States*, 134 S. Ct. 2259, 2281 (2014). In *Abramski v. United States*, infine, sempre il giudice Scalia poneva quale presupposto applicativo della *rule of lenity* un "ragionevole dubbio" in luogo della "grave ambiguità o incertezza", richiamata invece dalla giurisprudenza dominante. Il giudice Scalia, in particolare, dissentendo dall'impostazione abbracciata da altri giudici della Corte, affermava che il ricorso alla *rule of lenity* presupponeva che la condotta dell'imputato non avesse inequivocabilmente (*unambiguously*) rilevanza penale alla luce dei criteri ermeneutici tradizionali e, dunque, che residuasse un ragionevole dubbio sulla portata del testo normativo; *Moskal v. United States*, cit.

¹⁵⁴ Si vedano ad esempio *Muscarello*, 524 U.S., 139; *Staples v. United States*, 511 U.S. 600, 619 n.17

dianche uno degli ordinari canoni interpretativi. Per tali ragioni, una parte della dottrina evidenzia che la *rule of lenity* rappresenterebbe un criterio ‘debole’ di risoluzione delle ambiguità degli statuti penali rispetto alla *strict construction*¹⁵⁵. Più precisamente, alla luce di tale impostazione, la *rule of lenity* è un criterio che disciplina il possibile contrasto interpretativo generato dall’utilizzo dei tradizionali canoni ermeneutici e di tutte le tecniche interpretative a disposizione del giudice, comprese quelle che conducono a interpretazioni ‘ampie’, quando residuino “gravi ambiguità”, determinando nel caso la prevalenza dell’interpretazione favorevole al *defendant*¹⁵⁶. Sennonchè, su tali presupposti, la regola rimarrebbe confinata in uno spazio applicativo angusto. Sebbene la *rule of lenity* oggi adottata dalla giurisprudenza statunitense spesso rispecchi i criteri applicativi ora richiamati, dando luogo a un ridimensionamento dell’utilità stessa della regola¹⁵⁷, è da segnalare un diverso indirizzo giurisprudenziale inaugurato dal Giudice Scalia, fautore di quella teoria sull’interpretazione nota come ‘testualismo’ (*textualism*)¹⁵⁸. Secondo questo celebre Autore, il parametro di riferimento per l’interpretazione dello statuto è il “significato delle parole” (*plain meaning*) senza che occorra guardare a

(1994); Barber, 560 U.S., 488; Chapman v. United States, 500 U.S. 453, 463 (1991); Huddleston v. United States, 415 U.S. 814, 831 (1974); Abramski v. United States, cit.; Maracich v. Spears, 570 U.S. 48, 76 (2013). Nella prassi, il grado di ambiguità necessario perché possa farsi ricorso alla *rule of lenity* rimane comunque controverso, risultando pronunce in cui si fa riferimento a un “sufficiente grado di ambiguità” in contrapposizione alla “grave ambiguità” richiesta da altra giurisprudenza, talvolta invece presupponendo la possibilità di due distinte interpretazioni, entrambe “plausibili”, della disposizione, ovvero un “ragionevole dubbio” sul significato della fattispecie o, ancora, in termini più sfumati, “qualche dubbio”: in tema, ROMANTZ, *Reconstructing the rule of lenity*, cit., 566-567, e giurisprudenza ivi richiamata.

¹⁵⁵ SOLAN, *Law, Language, and Lenity*, in *William & Mary law review*, 1998, XL, 57, 88-89 e 107; nello stesso senso, HOPWOOD, *Clarity in Criminal Law*, cit., 717.

¹⁵⁶ PRICE, *The rule of lenity*, cit., pp. 889-890, che rileva altresì la dubbia collocazione della regola all’interno della gerarchia dei criteri interpretativi: «*The key question in applying lenity, therefore, is what rank the rule holds relative to other interpretive conventions*». Evidenzia che gli esiti applicativi della regola dipendono dalla posizione che i giudici le attribuiscono anche BIANCHI, “*The tie must go to the defendant*”, cit., 242.

¹⁵⁷ Se, infatti, il ricorso alla *rule of lenity* presuppone che la portata della disposizione resti ambigua nonostante il previo utilizzo degli ordinari canoni interpretativi, c’è il rischio che la regola possa persino non trovare alcuno spazio applicativo concreto: si veda KAHAN, *Lenity and federal common law crimes*, in *Sup. Ct. Rev.*, 1994, 386: «*if lenity invariably comes in ‘last,’ it should essentially come in never*»; WILSON, *The law of lenity*, cit., 1678-1679.

¹⁵⁸ SCALIA, *A matter of interpretation*, Princeton, 2018; SCALIA-GARNER, *Reading law*, cit., 15 ss.

elementi extra-testuali e, segnatamente, al criterio storico (*legislative history*)¹⁵⁹. Una delle prime pronunce in cui Scalia illustrava i tratti distintivi del *textualism* è quella di *Moskal v. United States*¹⁶⁰: discostandosi dall'opinione maggioritaria della Corte, il giudice rilevava che nella prassi giurisprudenziale il criterio storico (*legislative history*) così come quello teleologico (*purpose*), venivano invero utilizzati per estendere la portata incriminatrice degli statuti assecondando tutti i possibili scopi legislativi più vaghi, anche nei casi in cui la disposizione fosse formulata in termini talmente chiari da non lasciare spazio ad interpretazioni ampie¹⁶¹. Alla luce di tale impostazione, la *rule of lenity* dovrebbe trovare applicazione tutte le volte in cui, utilizzati gli argomenti di natura testuale e semantica - con esclusione, quindi, del criterio storico e teleologico - residuino ancora ambiguità sulla portata dello statuto¹⁶². La *rule of lenity* verrebbe dunque in considerazione già in seconda battuta secondo lo schema applicativo '*lenity second-approach*', quando in seguito all'utilizzo del criterio letterale residui un significato più ampio ricavabile da altri criteri ermeneutici, con esclusione del criterio storico e teleologico¹⁶³.

¹⁵⁹ In tema, tra gli altri, KARKKAINEN, *Plain meaning: Justice Scalia's jurisprudence of strict statutory construction*, in *Harvard journal of law & public policy*, 1994, XVII, 2, 401 ss.

¹⁶⁰ *Moskal v. United States*, 498 U.S. 103 (1990), ove l'ambiguità riguardava la locuzione di titoli 'falsi' di cui al 18 U.S.C. § 2314, che vieta il trasporto consapevole di titoli falsi, alterati o contraffatti nel commercio tra Stati.

¹⁶¹ Secondo Scalia, la *rule of lenity* doveva dunque fungere da limite a tale *trend* giurisprudenziale: v. *Moskal v. United States*, cit., 132: «*if the rule of lenity means anything, it means that the Court ought not do what it does today: use an ill-defined general purpose to override an unquestionably clear term of art*».

¹⁶² Sul punto, nella dottrina penalistica italiana, BIANCHI, "*The tie must go to the defendant*", cit., 243: «*la rule of lenity avrebbe, secondo questa prospettiva, il compito di impedire che l'interpretazione storica e teleologica possano prevalere sull'interpretazione letterale*»; SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., 337 ss.

¹⁶³ WILSON *The law of lenity*, cit., 1680: «*a court applies lenity to a statute second only to the text*»; cfr. BIANCHI, "*The tie must go to the defendant*", cit., 242-243. Wilson fa riferimento, ancora, a un terzo schema applicativo della regola - che denomina '*lenity first-approach*' - che determinerebbe un largo uso della *lenity rule*, ma comprometterebbe la prerogativa del legislatore nell'operare scelte di politica criminale. Secondo tale impostazione, infatti, il giudice potrebbe utilizzare tutti i tradizionali criteri ermeneutici a disposizione, ma dovrebbe scegliere l'interpretazione che, tra le tante plausibili, sia anche la più '*lenient*': si veda WILSON, *The law of lenity*, cit., 1679-1680. Si tratta, peraltro, della versione della *rule of lenity* che, tra le tre prospettate, è quella maggiormente favorevole al *defendant*, perché il giudice dovrebbe optare per la più stretta interpretazione della disposizione anche quando il canone testuale condurrebbe invece a un'interpretazione più ampia e, anzi, potrebbe applicare la regola ancora prima di ricorrere all'interpretazione letterale. Su tale variante applicativa della regola, cfr. PRICE, *The rule of lenity*, cit., 893 ss.: «*Arguments about policy and legislative history-the full panoply of interpre-*

Oggi, sebbene la tendenza della giurisprudenza statunitense maggioritaria sia quella di ricorrere alla *rule of lenity* secondo lo schema *lenity-last*, con un evidente restringimento della sua portata applicativa, la dottrina evidenzia che la regola sia stata invero adoperata in un numero cospicuo di pronunce da parte dei giudici americani, a conferma del consolidamento di tale criterio interpretativo nell'ambito delle Corti¹⁶⁴.

Contrariamente ai codici di alcuni Stati americani che hanno escluso, pur con differenti formulazioni, la *rule of lenity*¹⁶⁵, la stessa regola è oggi espressamente riconosciuta sul piano legislativo nello Stato della Florida¹⁶⁶, dell'Ohio¹⁶⁷ e del Texas¹⁶⁸, ove è prevista in specifiche disposizioni¹⁶⁹. Per quanto riguarda la Florida, la regola trova applicazione secondo lo schema della *lenity-last approach*¹⁷⁰, quindi quale criterio di composizione del contrasto interpretativo non risolvibile mediante l'utilizzo dei canoni ordinari, compreso quello storico; ciononostante, lo spazio applicativo che i giudici riservano alla regola appare significativamente ampio¹⁷¹. Nello Stato dell'Ohio, invece, la regola trova applicazione prima d'indagare la volontà legislativa e di ricorrere al criterio storico, secondo lo schema applicativo '*lenity-second approach*', dunque con un più ampio margine applicativo rispetto a quello riservato dalla prassi della

tive techniques-could narrow the statute's coverage, but never broaden it. If the plain text were expansive but the legislative history suggested a narrower meaning, the judge would favor the latter view. By contrast, if the text were tightly drawn but construed broadly in committee reports, the textual reading would prevail».

¹⁶⁴ HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 941-942.

¹⁶⁵ Su tale aspetto, PRICE, *The rule of lenity*, cit., 902-903.

¹⁶⁶ Fla. Stat. Ann. § 775.021 (West 2000): «*The provisions of this code and offenses defined by other statutes shall be strictly construed; when the language is susceptible of differing constructions, it shall be construed most favorably to the accused*».

¹⁶⁷ Ohio Rev. Code Ann. § 2901.04(a): «*Except as otherwise provided in division (C) or (D) of this section, sections of the Revised Code defining offenses or penalties shall be strictly construed against the state, and liberally construed in favor of the accused*».

¹⁶⁸ Tex. Gov't Code Ann. § 311.035(b):« *[A] statute or rule that creates or defines a criminal offense or penalty shall be construed in favor of the actor if any part of the statute or rule is ambiguous on its face or as applied to the case, including: (1) an element of offense; or (2) the penalty to be imposed*».

¹⁶⁹ Per approfondimenti sul tema e per un commento delle concrete applicazioni giurisprudenziali, si rinvia a WILSON, *The law of lenity*, cit., 1695 ss.; SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità*, cit., 359 ss.

¹⁷⁰ In numerose pronunce, infatti, la regola viene definita come '*canon of last resort*': si veda ad esempio *Weeks*, 202 So. 3d 8; *Kasichke*, 991 So. 2d, 814; *Rife*, 789 So. 2d, 294.

¹⁷¹ WILSON, *The law of lenity*, cit., 1696.

Florida¹⁷². La *rule of lenity* formalizzata nello Stato del Texas, invece, riguarda solo i reati non collocati nel codice penale, e la prassi giurisprudenziale mostra l'adozione del modello *lenity-last*¹⁷³. Vale la pena notare, inoltre, che sebbene in taluni codici di Stati americani sia stata esplicitamente esclusa l'applicabilità della *rule of lenity*, negli stessi Stati la giurisprudenza ha sovente disatteso o limitato queste disposizioni, dando invece attuazione alla regola¹⁷⁴. Sul piano della legislazione federale, infine, poiché il Congresso non ha mai espressamente escluso con una disposizione *ad hoc* il criterio dell'interpretazione favorevole all'accusato in caso di ambiguità normative e costituendo, anzi, un'eccezione il criterio secondo cui gli statuti penali vanno interpretati secondo un'interpretazione 'liberale', è stato sostenuto che sarebbe opportuna l'introduzione di una specifica norma (*criminal law clear-statement rule*) che elevi a canone ermeneutico vero e proprio la versione 'forte' della *rule of lenity*, ovvero l'originaria *strict construction*¹⁷⁵. Alla luce della maggior tutela che tale criterio assicurerebbe ai valori costituzionali della separazione dei poteri, della legalità e del *fair warning* rispetto alla *rule of lenity* contemporanea, infatti, parte della dottrina penale statunitense auspica l'introduzione di una specifica disposizione che attribuisca alla regola della *strict construction* valore di canone interpretativo di portata federale, che si affiancherebbe a quelli già consolidati, in modo da permettere una riespansione dei valori costituzionali che permeano la materia penale, nonché il definitivo abbandono dello schema applicativo del '*lenity-last approach*'¹⁷⁶.

¹⁷² *Polus*, 48 N.E.3d, 555. Si veda inoltre *State v. Stevens*, 11 N.E.3d 252 (Ohio 2014), dove la *Supreme Court* ha applicato la *rule of lenity* a fronte dell'ambiguità testuale, esplicitando che la sentenza impugnata erroneamente aveva fondato la decisione sulla ricostruzione della volontà legislativa.

¹⁷³ WILSON, *The law of lenity*, cit., 1700. Richiamando *State v. Cortez*, 543 S.W.3d 198 (Tex. Crim. App. 2018), in cui i giudici avevano applicato la *rule of lenity*, l'Autore osserva come nel caso di specie la sentenza abbia fatto esplicito riferimento al criterio testuale e anche a quello storico, così riducendo la portata della regola.

¹⁷⁴ È il caso delle Corti di Arizona, New Hampshire, North e South Dakota: v. PRICE, *The rule of lenity*, cit., 903-904; WILSON, *The law of lenity*, cit., 1694.

¹⁷⁵ HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 933 ss; ID., *Clarity in criminal law*, cit., 724 ss. Sulla necessità di una codificazione della regola soprattutto per garantire uniformità di applicazione tra una giurisdizione e l'altra, si veda altresì WILSON, *The law of lenity*, cit., *passim*, spec. 1677 ss.; cfr., ancor prima, SCALLA-GARNER, *Reading law*, cit., 236: «*Treating it as a clear-statement rule would comport with the original basis for the canon and would provide considerable certainty*».

¹⁷⁶ HOPWOOD, *Restoring the historical rule of lenity*, cit., 938 ss. In termini analoghi, WILSON, *The law of lenity*, cit., 1700 ss., che suggerisce la codificazione della regola sul piano della legislazione federale

8. *Un epilogo de lege ferenda*. L'utopica ingenuità illuministica del giudice *bouche de la loi* è, tuttavia, ancora preziosa, se considerata una meta verso cui anelare con la consapevolezza, però, che difficilmente o mai potrà essere raggiunta pienamente. Se l'atto interpretativo non è mai asettico o avalutativo, nello stesso tempo il principio di legalità con i suoi corollari e quello della separazione dei poteri, spingono verso la ricerca di soluzioni in grado di ridurre al meglio la discrezionalità del giudice. L'indagine storica e comparata condotta in questa ricerca, permette di trarre alcune succinte conclusioni in grado di suggerire talune soluzioni *de lege ferenda* utili, se non si osa troppo, a contenere queste discrezionalità, se non arbitrarietà, riscontrate nel diritto 'vivente' più spinto.

Riprendendo l'idea di Filangieri che parlava dei "canone di giudicatura", ossia criteri atti ad arginare l'incertezza di un giudizio penale e l'arbitrio decisionale; attingendo, ancora, al principio probabilistico della teologia morale secondo cui, quando il confine dell'obbligatorio appare incerto *in iure*, bisogna favorire la libertà; traendo spunto, inoltre, dalla *rule of lenity* statunitense, per di più codificata in taluni Stati; avvalorando, infine, quanto già sostenuto a proposito della c.d. "interpretazione favorevole"¹⁷⁷, si potrebbe ora immagina-

secondo lo schema '*lenity-second approach*'.

¹⁷⁷ Sia permesso il rinvio a CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale*, cit., 99 ss.; ID., *Il ruolo «politico» del giudice penale. Una proposta de lege ferenda per arginare la forza creativa del «diritto vivente»*, in *Pol. dir.*, 2016, 509 ss.; ID., *Il giudice penale come Janus bifrons: un auspicabile «strabismo» interpretativo*, *ivi*, 2017, 163 ss. La tesi dell'interpretazione favorevole è completata con un secondo momento di matrice processuale che si aggiunge, sempre *de lege ferenda*, a quello della direzione ermeneutica. Infatti, se il reato è quel fatto storico corrispondente a un tipo legale e accertato secondo le regole del giusto processo, è chiaro che queste regole contribuiscono a determinare quale sia in concreto il reato. Orbene, a poco servirebbe il richiamato canone sostanziale dell'interpretazione favorevole se a questo non si accostasse, sotto il profilo processuale, un particolare onere motivazionale in capo al giudice. Tale dovrebbe essere l'obbligo di esplicitare compiutamente in sentenza le ragioni che hanno indotto il giudicante a scegliere un'interpretazione più sfavorevole anziché un'altra più vantaggiosa per l'imputato, per esempio prospettata dalla difesa. Detto onere, d'altronde, non potrebbe soddisfarsi in via 'autopoietica' ostendendo semplicemente le ragioni utili a convincere della plausibilità dell'opzione esegetica prescelta, che ben può sussistere proprio sulla premessa secondo cui una stessa norma può dar vita a più alternative ermeneutiche legittime perché razionalmente fondate. A questa *pars costruens* della motivazione dovrebbe affiancarsi una *destruens*, vale a dire la confutazione, ossia l'esplicitazione delle ragioni per le quali l'opzione interpretativa più favorevole è implausibile o illogica e, come tale, da escludere dal ventaglio delle alternative ermeneutiche a disposizione del giudice. Per argomenti in tal senso ricavabili *de iure condito* dal nuovo art. 546 c.p.p., si

re, anche nel sistema italiano, la codificazione di una clausola generale che dovrebbe imporre al giudice, nel caso di plurime opzioni interpretative tutte plausibili, l'adozione di quella più favorevole all'accusato. La scelta interpretativa più benevola da preferire dovrebbe essere – valendoci delle espressioni di de' Liguori – 'probabile' anche se non necessariamente la 'più probabile', ovvero – riprendendo le parole di Blackstone – non dovrebbe risultare manifestamente assurda o ingiusta perché ad esempio – usando le idee di Pagano – opinione fondata sull'autorità altrui¹⁷⁸. Sebbene, a nostro avviso, tale canone sia già implicitamente desumibile dalla Costituzione, la codificazione esplicita lo renderebbe di certo meno facilmente eludibile.

Sulla falsariga, ad esempio, della richiamata codificazione della Florida, la clausola potrebbe recitare approssimativamente così: «Le leggi incriminatrici devono essere interpretate in modo restrittivo; quando la lettera della legge è suscettibile di diverse interpretazioni, deve essere intesa nel senso più favorevole all'imputato». Del resto, proprio in tema di *nullum crimen sine lege*, l'art. 22 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale, al co. 2, espressamente recita che «La definizione dei crimini è interpretata tassativamente e non può essere estesa per analogia. Nel dubbio, deve essere interpretata a favore della persona che è oggetto di un'inchiesta, di azioni giudiziarie o di una condanna».

Queste disposizioni potrebbero sembrare ridondanti nel momento in cui al canone dell'interpretazione restrittiva aggiungono quello del *favor rei*, ma, a ben vedere, il criterio della *benignior interpretatio* mantiene una sua autonomia¹⁷⁹. In alcuni casi, infatti, se emergono più interpretazioni plausibili una delle quali più 'elastica', ma anche più sfavorevole all'accusato, il giudice dovrebbe seguire un criterio riduttivo e non creativo, limitando tendenzialmente l'attività interpretativa a una ricostruzione non lontana dallo stretto significato semantico delle parole, evitando in tal modo di ampliare la risposta punitiva.

rinvia a CATERINI, *Dal cherry picking del precedente*, cit., 333 ss.

¹⁷⁸ V. *supra*, par. 1

¹⁷⁹ L'art. 111-4 del *code pénal* francese, ad esempio, si 'limita' a sancire che «*La loi pénale est d'interprétation stricte*». Su tale norma, a livello manualistico, LEROY, *Droit pénal général*, Parigi, 2020, 56. V. inoltre, SAINT-PAU, *L'interprétation des lois*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2015, 2, 273-285.

Al contrario, quando l'ermeneutica può ragionevolmente condurre verso una ricostruzione della disposizione che – attraverso una logica ermeneutica più duttile – minimizzi l'area del penalmente rilevante, il giudice dovrebbe discostarsi da una lettura 'rigida' della singola norma incriminatrice e prediligere scelte più flessibili, che possono allargarsi anche a opzioni metatestuali suggerite da principi e norme formalmente o comunque assiologicamente superiori¹⁸⁰. Ed è proprio in tale ultimo caso che l'interpretazione più 'elastica', anziché coincidere, come sovente avviene, con quella più sfavorevole, corrisponde invece a quella più favorevole, che dovrebbe prevalere in ragione del principio dell'*intepretatio benevola*. Forse è proprio questo il senso della richiamata clausola codificata nell'Ohio ove si specifica che le norme penali devono essere interpretate in "senso stretto" contro lo Stato e in "senso liberale" a favore dell'imputato.

L'indagine storica e comparata conferma la vantaggiosità di una clausola generale di "lenità", di "mitezza" interpretativa, se veramente l'obiettivo è quello di corroborare il principio di legalità e i suoi corollari e, dunque, anche quello, sempre di origine illuministica, della separazione dei poteri. Se, in Italia, non si volesse codificare espressamente tale clausola di *benignior interpretatio*, un risultato simile potrebbe ottenersi mediante la riforma dell'art. 530, co. 2, c.p.p. in tema di contraddittorietà della prova, aggiungendovi il riferimento alla formula assolutoria del fatto che «non è previsto dalla legge come reato», formula che riguarda le ipotesi in cui il proscioglimento non si fonda sulla valutazione delle prove del fatto, ma sull'interpretazione della legge. In prospettiva *de iure condendo*, infatti, non sarebbe per niente illogica quella previsione che imponesse al giudice di assolvere, con la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", anche nel caso di dubbio sulla qualificazione giuridica del fatto. Non è da escludere, del resto, che alla stessa soluzione si possa oggi arrivare, *de lege lata*, alla luce dell'art. 533 c.p.p. che non distingue tra dubbio sul fatto e sul diritto, dando al giudice la possibilità di condannare solo quando «l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio», potendo comprendere in questo dubbio

¹⁸⁰ Sia consentito il rinvio a CATERINI, *Il giudice penale come Ianus bifrons*, cit., 163 ss.

anche quello *in iure*. Per di più, come abbiamo già rilevato¹⁸¹, anche l'art. 6 della Direttiva 2016/343/UE sancisce che «ogni dubbio in merito alla colpevolezza» è «valutato in favore dell'indagato o imputato», ed è difficile escludere da questa disposizione, data la sua natura onnicomprensiva, il dubbio interpretativo¹⁸².

Probabilmente quanto si è qui tentato di proporre è frutto d'ingenuità e di utopia, come lo erano le idee illuministiche, senza con ciò poter accostare la nobiltà di quelle idee alla modestia delle nostre, ma per tramutare l'illusione in realtà basterebbe l'ardire di un legislatore che veramente volesse arginare l'arbitrio giudiziale senza avere timore di frustrare le verosimili contrarie aspettative di una parte importante della magistratura.

¹⁸¹ *Supra*, par. 2.

¹⁸² In tema, v. già CATERINI, *Dal cherry picking del precedente*, cit., 330 ss.