

DOMENICO PULITANÒ

Quali ermeneutiche per il diritto penale?

ABSTRACT

The emphasis that has been put by Hermeneutics on the role of the interpreter should be mitigated, at the prescriptive level, by the principles that rule the interpretative process in criminal law and that exclude judicial decisions as a source of law.

This is true for the reasoning by analogy and the prohibition to go beyond the text in criminal law.

From the point of view of the politics of law, according to the author, the tenets of Hermeneutics are not reasons for rebuilding the principles of modern criminal law but reasons for a strong defence of the submission to law, which impede to give precedent a formal legal bindingness.

KEYWORDS

Fidelity to Text – Judicial Syllogism – Bindingness of Precedent – Prohibition of Analogy – Rule of Law.

1. ERMENEUTICA E DIRITTO

1.1. «Quando parliamo di filosofia ermeneutica del diritto, ci riferiamo direttamente ad un'ermeneutica regionale in cui è l'oggetto stesso, o meglio la cosa stessa, a dettare le condizioni per la sua comprensione»¹. Dentro la regione 'diritto', ci interessa qui una provincia con forti caratteri specifici: il diritto *penale*.

Parto da come ho vissuto i problemi dell'interpretazione del diritto, nella mia vita di studioso e di professionista. Da giovane magistrato (dal 1968 e negli anni Settanta) partecipai alla polemica contro la magistratura più tradizionalista, arroccata su versioni ingenuo o maliziose del mito dell'interpretazione letterale, e su indirizzi chiusi rispetto al *novum* costituzionale. L'emancipazione da tradizioni autoritarie e da conformismi burocratici è stata segnata anche da un'idea di giurisdizione che (con variazioni d'accento e di imposta-

1. F. Viola, 2015, 63.

zione teorica) ha assunto il senso di rivendicazione di maggiori spazi in sede ermeneutica. Nella discussione degli anni Settanta, *uso alternativo del diritto* e *giurisprudenza alternativa* furono parole d'ordine² e bersaglio critico di indirizzi che si presentavano frontalmente contrapposti³.

Ben presto ho colto il rischio cui gli indirizzi innovatori erano esposti: capovolgere il mito illuminista del giudice bocca della legge in un modello ingenuamente o ideologicamente soggettivistico⁴, o usare un linguaggio suscettibile di essere frainteso in tal senso. Il passaggio dal ruolo di giudice a quello di avvocato (cioè dalla parte del cittadino) mi ha fatto toccare più da vicino l'importanza dell'affidamento in una legalità non dipendente da scelte del potere giudiziario.

Le mie attuali riflessioni intendono collocarsi nell'ambito di convergenza fra approccio ermeneutico e *nuovo realismo*⁵: presuppongono la distinzione fra essere e sapere, fra ontologia ed epistemologia. *Perché ci sia interpretazione, ci deve esser qualcosa da interpretare*⁶. Anche con riguardo al diritto è «fuori discussione che esistono fatti indipendentemente dall'interpretazione», e che vi sono interpretazioni sbagliate. Ma allora «c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione»⁷. L'approccio ermeneutico non è una riduzione dei fatti a interpretazioni, ma un'impresa conoscitiva che ha a che fare con questioni di *verità*.

2. ERMENEUTICHE DEL LEGISLATORE E DEI DESTINATARI DEI PRECETTI

Problemi ermeneutici⁸ si pongono anche per il legislatore. Presupposto razionale della stessa attività legislativa è un'ermeneutica del diritto esistente e vivente, del *novum* che si intende inserire nell'ordinamento, e degli effetti del suo inserimento, anche alla luce di principi sovraordinati che il legislatore, pur disponendo di un'ampia discrezionalità politica, è tenuto a rispettare.

Sul piano tecnico, della costruzione del messaggio normativo, compete al legislatore farsi carico del problema della possibile *oscurità delle leggi*⁹. Nel

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

3. Posizioni fra loro diverse in P. Barcellona, 1973.

4. Ho accennato a questo tema in D. Pulitanò, 2015.

5. M. Ferraris, 2012. Approfondimenti in De Caro, M. Ferraris, 2012.

6. *Ovvio principio*, lo definisce U. Eco, 2012, 97.

7. G. Zaccaria, 2014, 341 ss.

8. Sui problemi di interpretazione del diritto penale, *ex plurimis*, G. Bellavista, 1975; G. Fiandaca, 2002; O. Di Giovine, 2006; contributi sul problema dell'interpretazione (di D. Pulitanò, F. Palazzo, G. Fiandaca) in *Studi in onore di G. Marinucci*, 2006.

9. È il titolo del § 5 di C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*. *Ex multis*, A. Cadoppi, 2015, 569 ss.

principio penalistico di legalità leggiamo un'esigenza stringente di determinatezza e precisione. La formulazione delle norme di legge deve rendere possibile l'adempimento di doveri di conoscenza, strumentali al dovere d'osservanza. In un contesto di *doveri reciproci* dei cittadini e dello Stato, proprio dello Stato liberale di diritto, «lo Stato assicura i cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato»: su queste basi la Corte costituzionale, nella storica sentenza n. 364 del 1988, ha fondato il principio di 'riconoscibilità' dei contenuti delle norme penali, e la conseguente illegittimità parziale dell'art. 5 cod. pen., nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale. La riconoscibilità dell'illecito è condizione della soggettiva colpevolezza, «secondo aspetto del principio di legalità».

Ai fini dell'attribuzione di responsabilità colpevole, dal destinatario dei precetti non ci si attende (non è richiesta) una conoscenza della legge penale in astratto; necessaria e sufficiente è la possibilità di comprendere l'illiceità di quanto realizzato. Può essere – ed è sufficiente – un'ermeneutica profana, come ha messo a fuoco la teoria dell'errore. Conoscenze relative alle norme fondamentali su che cosa è ingiusto fare (o sarebbe doveroso fare) sono radicate in normali processi di socializzazione.

La dottrina penalistica ha colto da tempo il nesso fra coscienza dell'illiceità e formulazione delle fattispecie¹⁰: un problema che interpella in prima battuta il legislatore, tenuto a costruire tipi di reato caratterizzati da un riconoscibile contenuto offensivo. Per fondare il rimprovero di colpevolezza è necessaria (e sufficiente) la *possibilità* di coscienza dell'illiceità del fatto commesso. Possibilità *soggettiva*, nell'ottica della scusante. La possibilità *obiettiva* ne è condizione necessaria. In ottica ermeneutica, la prevedibilità del rimprovero dovrebbe essere un criterio di selezione di tipi di fatto aventi caratteristiche che, se riflesse nel dolo, fonderebbero in via normale una effettiva coscienza dell'illiceità. Il problema di una corretta informazione giuridica (e dell'eventuale errore indotto da fonte autorevole, che renda imprevedibile un giudizio di illiceità) verrebbe in rilievo con riguardo a fattispecie artificiali, di contenuto meno pregnante.

3. L'ERMENEUTICA DEI GIURISTI

Veniamo all'ermeneutica di cui si interessano le teorie ermeneutiche. Ermeneutica da parte di chi? Di qualsiasi interprete, direbbe una teoria che intenda essere onnicomprensiva. L'ermeneutica non è una teoria sui *poteri* del giudice. Guarda al giudice, prima che come *bocca* della legge, come *ascoltatore della legge* al pari di qualsiasi altro.

10. Riferimenti in D. Pulitanò, 1976, 529 ss.

Un colto filosofo del diritto ha proposto l'interrogativo: nell'argomentare in diritto siamo *maimonidei o spinoziani*?¹¹ Entrambi – Maimonide e Spinoza – sono «grandi, ma diverse, figure di razionalisti». Maimonide è portatore, nell'interpretazione della Scrittura, di un «principio ermeneutico di carità ad oltranza: si riformulano continuamente i testi, li si manipola, in modo da renderli invulnerabili alle critiche e da conservarli come fonte d'insegnamento morale». Spinoza è invece portatore di *una prospettiva d'indagine storico-critica e filologica*.

Il giurista, dice Luzzati, «non può essere spinoziano come il suo vicino, il filosofo morale. Non si muove liberamente come lui. Il suo è un mondo di formalismi». In condizioni normali «il giurista ritiene di dover essere maimonideo, ottimizzando il sistema e indossando il paraocchi conformistico delle ragioni codificate nelle leggi o nei precedenti».

È uno scenario, ad un tempo, *realistico e paradossale*: per ottimizzare il sistema, il giurista va alla ricerca delle ragioni codificate nei suoi testi sacri, e a tal fine applicherrebbe un *principio ermeneutico di carità ad oltranza*, che autorizza a interpretare i testi in modo da offrire una lettura coerente con la loro postulata razionalità. Saremmo maimonidei nell'assumere il postulato della razionalità del legislatore in un senso *normativo*, non già descrittivo.

Possiamo non essere (anche) spinoziani? Non può non essere spinoziano lo storico del diritto, la cui prospettiva d'indagine è, per definizione, *storico-critica e filologica*. Quanto al giurista interprete, la sua minore libertà, rispetto al filosofo morale o politico, è il vincolo alla *comprensione critica* del sistema normativo, che è oggetto di ricostruzione ermeneutica, non di ben intenzionata manipolazione. Il giurista interprete ha a che fare con *ragioni interne al sistema*.

L'interpretazione del diritto è una pratica sociale, di una comunità di interpreti che è anche comunità linguistica. L'uso del linguaggio è retto da regole e convenzioni «dotate di una loro normatività [...] sono la comunità linguistica, la tradizione consolidatasi nel tempo che fissano i significati, che delimitano lo spazio dell'interpretazione e del dubbio»¹². «Bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale»¹³, ci dice il semiologo.

Nel mondo della vita, il linguaggio funziona, bene o meno bene. Funziona anche nel mondo artificiale del diritto: nella maggioranza dei casi si arriva a interpretazioni sicure, o comunque largamente condivise. «L'ineludibile alterità del testo rispetto alle sue interpretazioni e il controllo esercitato

11. C. Luzzati, 2001, 131 ss.

12. G. Zaccaria, 2014, 92-3.

13. U. Eco, 1990, 26. Ritrovo questa citazione in G. Zaccaria, 2014, 117.

dalla comunità interpretativa *prima e dopo* il processo di attribuzione di significato sono gli argomenti che possono essere opposti alla sfida scettica»¹⁴. Sono i punti di crisi – non marginali – entro questo scenario a dare lavoro alle fabbriche che producono, discutono, decidono su interpretazioni controverse.

Le nostre *precomprensioni* (anche di noi giuristi) riflettono l'immagine del mondo propria della nostra cultura, dal punto di vista dell'esperienza quotidiana, pre-scientifica, del vivere e dell'agire degli uomini: il mondo della storia¹⁵. Ne è parte essenziale l'affidamento nella ragione calcolante: il postulato della coerenza logica (un principio normativo, lo definisce Ferrajoli¹⁶). Ne fa parte la scienza del nostro tempo, con i suoi metodi, le conoscenze acquisite, i suoi problemi.

Postuliamo la *razionalità del legislatore*: non è una descrizione dell'ordinamento realmente esistente, come lo vedrebbe un futuro storico. È un paradigma della scienza giuridica, incorpora punti di vista condivisi nella comunità degli interpreti. Anche criteri di *ragionevolezza assiologica*? Può questa essere un *canone ermeneutico*¹⁷ dell'ordinamento di una società pluralista, in cui si confrontano e talora si scontrano differenti concezioni sostanziali del bene e del giusto?

In uno studio intitolato alla politica della legalità, fra gli *impegni* del giurista è stato indicato quello di un distanziamento ideologico che eviti l'*irriflessa* riproposizione di propri valori personali: c'è bisogno di «un'area di cecità istituzionale dove le varie identità politiche, religiose, etniche ecc. non abbiano alcun peso come fattori discriminanti»¹⁸. Proprio l'apertura pluralista della società trae con sé il rischio di soggettivismo, di consapevole o inconsapevole politicizzazione. Il principio di legalità esclude riduzioni soggettivistiche del riferimento a valori: nell'interpretazione dell'ordinamento, che è impresa intersoggettiva, anche la ragionevolezza assiologica va ricercata in una dimensione intersoggettiva.

Criteri assiologici sono incorporati in norme e principi costituzionali. Rispetto alla legislazione tutti i principi costituzionali sono criteri di controllo di legittimità, e possono funzionare come criteri di interpretazione (sistematica e teleologica). Detto nel linguaggio dell'ermeneutica, *l'orizzonte generale dei valori-guida espressi nella Costituzione non può non divenire la precomprensione dell'interprete del diritto positivo*, soprattutto del giudice¹⁹.

14. M. Vogliotti, 2011, 70.

15. K. Engisch, 1965.

16. L. Ferrajoli, 2016.

17. Come la definisce A. Spadaro, 2002, 332. Cfr. anche M. La Torre, A. Spadaro, 2002.

18. C. Luzzati, 2005, 94.

19. G. Zaccaria, 2014, 98.

Hanno statuto costituzionale principi specificamente penalistici (principio di legalità; responsabilità personale) sui quali è costruito il complessivo sistema penale; norme di parte generale ne recepiscono aspetti, per esempio in materia di successione di leggi o di fissazione di criteri d'imputazione soggettiva (dolo e colpa). L'esigenza di coerenza assiologica (non meramente logica) trova aggancio nel principio d'eguaglianza, nella accezione larga di principio d'eguaglianza-ragionevolezza.

Questioni ermeneutiche e conflitti interpretativi interessano soprattutto quando si tratta di *controversie importanti*, nelle quali è in gioco, con la legalità formale, qualcosa di più sostanziale (la giustizia?). Nello scenario evocato all'inizio di queste riflessioni, indirizzi nuovi entravano in campo contro la vecchia legalità (la legislazione penale del regime fascista) e la vecchia giurisprudenza su di essa formatasi. Mutamenti rilevanti sono stati introdotti dalla Corte costituzionale, in circuito con la magistratura più sensibile al nuovo. Significative battaglie culturali sono state combattute nel segno delle garanzie liberali, anche sul piano giurisprudenziale, in chiave di interpretazioni conformi a Costituzione.

Hanno a che fare con la tensione di fondo del problema penale (finalità di tutela 'autoritaria' *versus* garantismo liberale) le più significative *discrasie* che attraversano dottrina e giurisprudenza²⁰, circa i requisiti minimi della responsabilità penale (confini di istituti fondamentali e di fattispecie di parte speciale). Interpretazioni e applicazioni rigoriste hanno radice nell'autoritarismo bene intenzionato²¹ di una magistratura penale che si sente garante innanzi tutto degli interessi penalmente protetti, e che sembra talora sentire i principi di garanzia liberale (compreso il principio di legalità) come ostacoli, piuttosto che come elementi portanti dell'ordinamento.

Nel linguaggio dell'ermeneutica: si confrontano *due anime*²², differenti *precomprensioni del volto costituzionale del sistema penale*. Da un lato, attenzione prioritaria alla tutela di un bene importante. Dall'altro lato, interpretazioni più attente alle garanzie liberali e alla coerenza del sistema.

4. IL CIRCOLO ERMENEUTICO TRA FATTO E DIRITTO

Nei contesti processuali nei quali si forma la giurisprudenza, i problemi d'interpretazione delle norme penali sono collegati a problemi di applicazione a fatti concreti. Anche la dottrina ragiona su casi esemplari, tratti dall'esperienza o 'di scuola'. L'idea del circolo ermeneutico tra fatto e diritto è tesi caratterizzante dell'approccio ermeneutico.

20. A. Stile, 1991.

21. Ho proposto questa formula per la prima volta in D. Pulitanò, 1982, 93 ss.

22. M. Donini, 2016, 15.

4.1. Di specifica competenza del giudice sono il giudizio di fatto e la qualificazione giuridica del fatto (la premessa minore del cosiddetto sillogismo giudiziale). La premessa maggiore dovrebbe consistere nella mera ricognizione del diritto applicabile, governato dal principio di precisione. Uno sguardo realistico mostra un quadro attraversato da interpretazioni difformi. Anche là dove un diritto giurisprudenziale possa dirsi consolidato, controversie ermeneutiche – sul significato della norma generale e astratta – restano possibili, e sono tenute aperte da indirizzi alternativi.

Studiosi d'indirizzo ermeneutico hanno scritto che *il diritto non è conoscibile se non attraverso il fatto*²³, e che *ogni nuovo caso aggiunge qualcosa alla comprensione della relativa norma*²⁴. Possono essere affermazioni *non scandalose per il penalista*²⁵, se intese non come generalizzazioni valide in ogni caso, ma come indicazioni di una strada possibile per arrivare a interpretazioni normative. Casi nuovi (concreti o immaginati come casi di scuola) possono essere occasione per ripensare (confermare o modificare) interpretazioni normative, per chiarire il senso di elementi di fattispecie. Le interpretazioni del diritto tengono conto di sussunzioni già avvenute (affermate o rifiutate).

Sono concettualmente distinguibili, interpretazione del diritto e applicazione a un fatto concreto? Il cosiddetto sillogismo giudiziario, l'*ultimo* tratto del percorso ermeneutico e probatorio secondo il modello del garantismo penale²⁶, ha *come premesse* (problemi da risolvere 'a monte') da un lato la ricognizione del senso (*Sinn*) della norma della cui applicazione si discute, e dall'altro lato l'accertamento del fatto. Anche problemi che possiamo definire di *interpretazione del fatto* si pongono sia in sede giudiziaria, sia nelle concrete situazioni di vita: problemi non di verifica materiale, ma di *ricognizione di significati* socioculturali di un fatto ben individuato nella sua materialità. Il nucleo del problema, nella maggioranza dei casi, è se un dato fatto rientri o meno nel campo di riferimento della norma²⁷.

Pressoché tutti gli elementi di fattispecie pongono problemi di riferimento a parametri esterni alla norma penale, relativi ad elementi del fatto (caratteristiche di offensività o di pericolosità), o ai presupposti della colpevolezza o di eventuali scriminanti. In particolare, *elementi normativi di valutazione culturale* rinviano a valori che il diritto penale recepisce nella loro obiettiva consistenza di elementi della cultura (dell'etica, del costume) in un dato momento storico.

23. O. Di Giovine, 2009, 124.

24. M. Vogliotti, 2015, 91.

25. Come opina M. Vogliotti, *loc. ult. cit.*

26. M. Barberis, 2015, 172.

27. Alla distinzione fra *Sinn* e *Bedeutung*, o fra analoghe coppie concettuali, nella dottrina penalistica fa più volte riferimento O. Di Giovine, 2009, 113. In argomento cfr. V. Villa, 2005, 2432.

La connessione della legge con un mondo di fatti e di valori non identificati secondo criteri formali, rende più complesse (più incerte?) le applicazioni. La determinatezza del precetto penale dipende anche dalla determinatezza di criteri di valutazione esterni al precetto; ma il valore di riferimento, cui il legislatore ha inteso rinviare, potrebbe rivelarsi sfuggente, di difficile se non impossibile accertamento.

Come criterio di interpretazione dei riferimenti a valori, viene in rilievo il pluralismo ragionevole quale carattere costitutivo della società e dell'ordinamento liberaldemocratico²⁸. Più che la soluzione, è la posizione del problema: la strada da cercare e seguire.

4.2. Fra i problemi di sussunzione di tipi di fatto si inquadra la questione dell'analogia, e del divieto di analogia quale aspetto del principio di legalità in materia penale: *divieto di applicazione analogica delle norme incriminatrici, o comunque di sfavore*.

Di fatto, nessun problema d'interpretazione di norme penali viene oggi discusso mettendo in discussione il divieto d'analogia: qualsiasi interpretazione, anche la più ardita, viene presentata come coerente col senso del testo, perciò compatibile con il divieto d'analogia. Per dirimere le controversie ermeneutiche, invocare il divieto d'analogia non fa fare alcun passo avanti, perché la discussione sui punti controversi viene condotta invocando (a ragione o a torto) criteri ammessi di interpretazione (teleologica) di testi normativi.

Affermare l'irrinunciabilità²⁹ del divieto d'analogia, significa né più che meno che prendere sul serio il principio di legalità come vincolo per l'interprete. Non è questione riducibile al profilo della colpevolezza o all'irretroattività della legge sfavorevole. È in gioco la legalità *tout court*, sia nella *ratio* democratica che in quella liberal-garantista di «assicurare il carattere insulare del diritto penale» e la prevedibilità della valutazione giuridica³⁰, la riconoscibilità dell'illecito quale secondo aspetto del principio di legalità.

La teoria ermeneutica, affermando la natura intrinsecamente analogica dell'attività di interpretazione³¹, mette a fuoco un aspetto del lavoro di interpretazione e qualificazione di tipi di fatto. Ma se il testo linguistico di un precetto ha un senso (*Sinn*), questo è il limite delle possibili interpretazioni. Compito dell'interprete è riconoscere il senso del testo, e distinguere in base ad esso se una data occorrenza stia dentro o fuori il suo campo di riferimento. Il divieto d'analogia riafferma che il limite del testo *non* è valicabile, quale che

28. *Ex multis* G. Zaccaria, 2012, 139 e *passim*; M. Rosenfeld, 2000.

29. G. Marinucci, 2007, 1254 ss.

30. In questi termini esprimo critica e consenso su quanto scrive M. Vogliotti, 2011, 61-2.

31. Per esempio, nella dottrina italiana, O. Di Giovine, 2006.

sia il ruolo che nell'interpretazione possano giocare argomentazioni di struttura analogica.

Con variazioni di linguaggio o di metodo, anche sostenitori della natura analogica dell'interpretazione risolvono problemi ermeneutici alla luce di criteri ritenuti idonei a porre un confine³².

4.3. Rispetto ai giudizi di fatto e ai problemi di *accertamento*, vale la legge di Hume *inversa*: i fatti non sono deducibili da valori. L'indeducibilità dell'essere dal dover essere rispecchia l'autonomia della conoscenza empirica da manipolazioni ideologiche³³. La rilevanza penale dell'omicidio è una premessa del lavoro investigativo, ma gli Sherlock Holmes in carne ed ossa, per risolvere i casi (non sempre riuscendovi), ovviamente usano criteri, prove, argomenti fattuali.

L'individuazione del problema probatorio (e della sua eventuale dimensione scientifica) presuppone valutazioni giuridiche. Nella giurisprudenza i due profili talora si intrecciano. Un esempio: la famosa sentenza delle Sezioni Unite in materia di causalità³⁴ ha risolto un problema genuinamente di diritto (un conflitto giurisprudenziale sui requisiti della causalità omissiva, risolto alla luce dell'idea di causa come condizione necessaria, coerente col principio di responsabilità personale) e ha enunciato, come principi di diritto, ulteriori criteri che attengono non all'interpretazione di norme giuridiche, bensì alla struttura logica del ragionamento probatorio in tema di causalità (possibile rilevanza di leggi probabilistiche, condizioni di tale eventuale rilevanza, esclusione di ricostruzioni alternative).

Una successiva sentenza della Corte di Cassazione³⁵ ha chiarito che «la Corte di legittimità non è per nulla detentrica di proprie certezze in ordine all'affidabilità della scienza, sicché non può essere chiamata a decidere, neppure a Sezioni Unite, se una legge scientifica di cui si postula l'utilizzabilità nell'inferenza probatoria sia o meno fondata». Questa importante sentenza mette in guardia dall'attribuire il valore di *precedente giuridico* a conclusioni raggiunte di volta in volta in singoli processi, relativamente allo stato del sapere scientifico su un dato problema: il *sapere scientifico* non è questione di *nomos* e di interpretazioni normative su cui possa essere esercitato il potere di nomofilachia della Corte suprema. È un sapere che si costruisce attraverso congetture e confutazioni, sempre aperto al nuovo, a una continua rivedibilità.

32. Un esempio: il discorso di M. Vogliotti, 2011, 128 s., a proposito della cosiddetta prostizione telematica.

33. U. Scarpelli, 1982, 111.

34. Cass., S.U., 1° luglio 2002, Franzese, in *Cass. Pen.* 2002, 3463 s.

35. Cass., sez. 4°, 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, in *Cass. Pen.* 2011, 1679 s., con nota di R. Bartoli.

Il giudice, investito del giudizio di fatto, ha il compito di porre alla scienza i quesiti rilevanti per la decisione, in modo razionalmente corretto e completo.

Nell'enunciare criteri di razionalità probatoria, la migliore giurisprudenza³⁶ afferma principi il cui statuto non è normativo (cioè disponibile da parte del legislatore), ma logico o epistemologico; da custode del *nomos* si fa, per così dire, custode del *logos*, della struttura razionale del giudizio di fatto, senza altra autorità e autorevolezza che quella della ragione. Discutibile, dunque, sul piano razionale.

5. INTERPRETAZIONE E POTERE DEL GIUDICE

In una prospettiva che non riconosce alcuna differenza di tipo qualitativo fra interpretazione giudiziale e interpretazione dottrinale, la questione se l'attività interpretativa abbia aspetti di creatività riguarda allo stesso modo entrambi i tipi di attività³⁷. La differenza è di potere decisionale, non di competenza ermeneutica.

Secondo un penalista particolarmente interessato al diritto giurisprudenziale, «la politica interpretativa del giudice non può che essere interstiziale [...] autorizzata a perfezionare i dettagli di una politica penale abbozzata all'ingrosso dal legislatore»³⁸. Alla tedesca, *Kriminalpolitik im kleinen*. Sul piano normativo, lo spazio proprio di una *politica interpretativa interstiziale* mi sembra ravvisabile nella *interpretazione dei fatti*: nell'incasellamento di dati tipi di fatto entro il campo di riferimento di una norma, il cui senso non dovrebbe essere manipolato dall'interprete.

L'approccio ermeneutico parla di elementi di *creatività condizionata*, che *non può pretendere di collocarsi in contrapposizione alla legge*; la giurisprudenza sarebbe una *fonte di fatto realmente produttiva di diritto*³⁹. L'affermazione di un potere normativo del giudice può stare in piedi, se intesa come ricognizione dell'efficacia attribuita alla sentenza, indipendentemente dalla sua correttezza contenutistica. Ma ciò non significa riconoscimento di un potere normativo di integrazione del diritto posto dal legislatore: vi si oppone, sul piano del dover essere del diritto posto, il principio di legalità, quale principio relativo al rapporto fra legge e giudice.

Dire che la giurisprudenza non è fonte o non è creazione di diritto, è una corretta ricognizione del dover essere nel nostro ordinamento giuridico.

36. Altri esempi: Cass., 4 maggio 2007, n. 23838, sull'impostazione della prova del dolo con riferimento a «segnali perspicui e peculiari»; Cass., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343 (vicenda Thyssen).

37. V. Villa, 2005, 2425.

38. G. Fiandaca, 2002, 9.

39. G. Zaccaria, 2014, 158.

Potrebbe la giurisprudenza «essere qualificata come fonte secondaria del diritto, nella misura in cui, attraverso di essa, si realizza il cosiddetto diritto vivente»?⁴⁰. Non mi sembra una definizione utile. Preferibile un linguaggio che metta in luce, anche nel cosiddetto diritto vivente, la dimensione problematica: la natura di prodotto giurisprudenziale consistente, ma non avente valore di legge.

Il modello illuministico del giudice bocca della legge «resta pur sempre un modello normativo, per così dire ideale e regolativo»; la soggezione *soltanto* alla legge resta la prima fonte di legittimazione del potere giudiziario⁴¹. Sul piano descrittivo, la rilevazione di scarti rispetto alla certezza della legge, colmati dal giudice con integrazioni del *dictum* del legislatore, può essere (talora, non sempre, non saprei quanto spesso) una descrizione realistica. Sul piano del dover essere del diritto è rilevazione di un problema, rispetto al diritto penale sostanziale non può essere riconoscimento di un potere di integrazione normativa, nemmeno *im kleinen*.

Di fatto, la verità giuridica può essere *opinabile*⁴². L'essere non è deducibile dal dover essere. Il dover essere può essere frustrato sia da difetti (indeterminatezza, oscurità) nelle premesse legislative, sia da difetti della giurisprudenza. I deficit di legalità, di cui oggi soffriamo, chiamano in causa responsabilità di tutti gli attori istituzionali.

Resta fuori del discorso qui svolto il tema della discrezionalità giudiziaria, che il principio di legalità, secondo l'interpretazione corrente, esclude con riguardo ai presupposti del giudizio di responsabilità, ma non con riguardo alle conseguenze. Di fatto, la gestione complessiva del sistema sanzionatorio è affidata a un *enorme potere* dei giudici⁴³, che sfugge al controllo (sta fuori del campo d'interesse?) delle correnti ermeneutiche giuridiche. Mi limito qui a segnalare l'esistenza e importanza di un tale campo d'indagine. La correttezza delle attribuzioni di responsabilità non basta ad assicurare la correttezza e la giustizia degli esiti punitivi.

6. RIPENSARE I PRINCIPI ILLUMINISTICO-LIBERALI?

Dopo avere esplorato le ermeneutiche penalistiche, veniamo al problema di politica del diritto (politica costituzionale, trattandosi di scelte sulla struttura del sistema delle fonti): ripensare (modificare) i principi? Scandalo dell'ermeneutica, risveglio della coscienza ermeneutica, sono titoli di contributi critici

40. Così propone G. Giacobbe, 2013, 326.

41. L. Ferrajoli, 2013b, 21-2.

42. Ivi, 19.

43. Questo campo di problemi è stato riproposto, con riguardo a un istituto particolare di grande rilievo, da F. Basile, 2015, 1743 ss.

che sostengono l'incompatibilità della prospettiva ermeneutica con la fede nelle moderne divinità protettive: il legislatore razionale, la riserva di legge, la rigida divisione di poteri, la granitica tassatività⁴⁴. «Messi alla prova dei fatti [...] i principi di origine illuministico-liberale [...] esigono di essere profondamente e non occasionalmente ripensati»⁴⁵.

La mia valutazione – discutibile come qualsiasi valutazione politica – è che gli apporti conoscitivi dell'ermeneutica sono argomenti *a favore* di una ferma difesa della riserva di legge penale e del vincolo di soggezione alla legge, per quello che tale vincolo possa realisticamente significare⁴⁶.

L'esigenza di certezza, e perciò di *stabilizzazione giurisprudenziale*, può ritenersi dominante nei tanti casi in cui il diritto è pura tecnicità, di per sé neutra sul piano dei valori. Ma proprio nei casi di maggiore delicatezza, in cui l'interpretazione ha a che fare con questioni pregne di valori, e/o con la tenuta garantista della legalità penale, si fa avanti l'esigenza di un confronto dispiegato sulla legalità sostanziale, fino a rimettere in discussione la custodia giudiziaria del *nomos*, in nome di una migliore ermeneutica del *nomos*.

L'esperienza vissuta (in ruoli diversi) nella fabbrica processuale delle interpretazioni mi ha mostrato l'importanza fondamentale della critica, dell'argomentazione, di un *dare ragioni* cui tutte le parti del processo possano accedere in un contesto aperto, vincolato alla legge e non a precedenti fabbricati altrove.

Nel nostro ordinamento la forza dei precedenti «ha il suo fondamento solamente nella loro autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo»⁴⁷. Ecco i fondamenti della auspicata e auspicabile stabilizzazione di un buon diritto vivente: plausibilità (ragionevolezza) del *nomos* custodito da una giurisprudenza autorevole, ben motivata, e perciò capace di consenso.

Quali effetti potrebbero attendersi da un ipotetico mutamento nello statuto formale (nella capacità formale di vincolo) del precedente giudiziario? Dall'angolo visuale del cittadino, destinatario di doveri e potenziale parte nel processo, vedrei un pericoloso indebolimento della garanzia affidata al principio di legalità, non solo alla riserva di legge come *espressione di un potere democratico* (peraltro, spesso, malfunzionante), ma anche e soprattutto alla forma di legge generale e astratta, senza la quale non può esservi certezza del diritto: «nel principio della legalità c'è il riconoscimento della uguale dignità morale di tutti gli uomini»⁴⁸. Persino nel contesto degradato dell'epoca in cui

44. M. Vogliotti, 2015, 90.

45. In questi termini M. Vogliotti, 2015, riprende l'impostazione di G. Zaccaria, 2014, 11.

46. M. Donini, 2016, 4, parla di *salvare la giurisprudenza-fonte dal suo successo, che pure riempie il vuoto della crisi del potere legislativo, ma rappresenta un problema costituzionale*.

47. L. Ferrajoli, 2013a, 135.

48. P. Calamandrei, 2008, 83-105. Si tratta di una conferenza del gennaio 1940, rimasta a lungo inedita; pubblicata con interventi di G. Zagrebelsky, G. Rescigno, G. Alpa.

Piero Calamandrei ha scritto la sua professione di fede nel diritto, la norma generale e astratta, forma logica del diritto, può essere considerata «con serio fondamento l'unico argine opponibile» all'arbitrio degli applicatori⁴⁹.

Nell'orizzonte del principio di legalità e della soggezione del giudice alla legge, la parte del processo, che sostiene un'accusa o si difende davanti al suo giudice, ha una ragionevole aspettativa (possiamo dire: ha *diritto?*) a una risposta del *suo* giudice, su tutti i punti di fatto e di diritto in cui si articola l'accusa o la difesa; una risposta che, in diritto, tenga conto delle ragioni prospettate, in particolare di ragioni *nuove* nelle conclusioni o negli argomenti. Per l'argomentazione (anche *in diritto*) della parte, cioè del cittadino, la soggezione del giudice alla legge è un punto di forza: è ciò che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* o francamente sbagliati.

Non è solo questione di rispetto di una (forse fantomatica) volontà politica del legislatore storico; è questione di dignità e di libertà dei cittadini di un Stato di diritto. Potremmo dire, è nella logica di un sistema *fondato sia sulle fonti legislative, sia sull'argomentazione ermeneutica*⁵⁰ di tutti gli aventi diritto di parola, in particolare nel giusto processo, aperto al confronto di ragioni anche sul *senso* delle norme di diritto e sulla qualificazione di fatti concreti. Un ipotetico vincolo *rigido* al precedente – negato dalla Corte costituzionale nella importante sentenza n. 230/2012 – sarebbe un mutamento di paradigma costituzionale, che rischierebbe di *indebolire la dignità e libertà del discorso ermeneutico* di tutti (giudici e parti) in ciascun contesto di discussione.

Certo, l'*intralcio delle interpretazioni discordanti*⁵¹ pone problemi seri: di tenuta della legalità di fronte a rischi di arbitrio applicativo, di uguaglianza di trattamento a fronte di oscillazioni giurisprudenziali. Sono problemi che, entro l'orizzonte del principio di legalità, interpellano anche il legislatore.

Giuristi accademici possono ovviamente partecipare al dibattito con piena libertà, anche sostenendo tesi difformi dal *mainstream* e dal diritto vivente. Il *formante dottrinale* è sia scienza *wertfrei*, indipendente da premesse di valore, sia *riflessione sui valori*, guidata da *interessi di valore*. Sta qui una specifica dignità e responsabilità della dottrina, anche di fronte alla giurisprudenza e al cosiddetto diritto giurisprudenziale.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BARBERIS Mauro, 2015, «Cosa resta del sillogismo giudiziale?». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 172.

49. P. Rescigno, in P. Calamandrei, 2008, 42-3.

50. Cfr. O. Di Giovine, 2013, 181.

51. S. Vinciguerra, 2014, 195 ss.

- BARCELLONA Pietro, 1973, *L'uso alternativo del diritto: Ortodossia giuridica e pratica politica*. Laterza, Roma-Bari.
- BASILE Fabio, 2015, «L'enorme potere delle circostanze sul reato, l'enorme potere dei giudici sulle circostanze». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1743 ss.
- BELLAVISTA Girolamo, 1975, *L'interpretazione della legge penale*. Giuffrè, Milano.
- CADOPPI Alberto, 2015, «Attualità e limiti del pensiero di Beccaria in tema di legalità». *Indice Penale*, 569 ss.
- CALAMANDREI Piero, 2008, *Fede nel diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- DE CARO Mario, FERRARIS Maurizio, 2012, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*. Einaudi, Torino.
- DI GIOVINE Ombretta, 2006, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2009, «Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 124.
- ID., 2013, «Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione». *Diritto penale contemporaneo*, 181.
- DONINI Massimo, 2016, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15.
- ECO Umberto, 1990, *I limiti dell'interpretazione*. Bompiani, Milano.
- ID., 2012, «Di un realismo negativo». In M. De Caro, M. Ferraris (a cura di), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*. Einaudi, Torino, p. 97.
- ENGISCH Karl, 1965, *Vom Weltbild des Juristen*. Carl Winter-Universität Verlag, Heidelberg.
- FERRAJOLI Luigi, 2013a, *La democrazia attraverso i diritti*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2013b, «La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro». In G. Chiodi, D. Pulitanò (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2016, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*. Laterza, Roma-Bari.
- FERRARIS Maurizio, 2012, *Manifesto del nuovo realismo*. Laterza, Roma-Bari.
- FIANDACA Giovanni, 2001, «Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale». In A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Esi, Napoli.
- ID., 2002, *Il diritto penale tra legge e giudice*. CEDAM, Padova.
- ID., 2006, «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione». In *Studi in onore di G. Marinucci*. Giuffrè, Milano.
- GIACOBBE Giovanni, 2000, «La giurisprudenza come fonte del diritto?». *Justitia*, 2013: 313 s.
- LA TORRE Massimo, SPADARO Antonio, 2002, *La ragionevolezza nel diritto*. Giappichelli, Torino.
- LUZZATI Claudio, 2001, «Maimonidei o spinoziani? L'argomentazione tra diritto e filosofia morale». *Ars Interpretandi*, 131 ss.
- ID., 2005, *La politica della legalità*. Il Mulino, Milano.
- MARINUCCI Giorgio, 2007, «L'analogia e la punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1254 ss.

QUALI ERMENEUTICHE PER IL DIRITTO PENALE?

- PULITANÒ Domenico, 1976, *L'errore di diritto nella teoria del reato*. Giuffrè, Milano
- ID., 1982, «Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato». *Quaderni costituzionali*, 93 ss.
- ID., 2015, «L'evoluzione delle politiche penali in Italia negli anni Settanta e Ottanta». In M. Donini, R. Orlandi (a cura di), *Il diritto penale tra scienza e politica*. Bologna University Press, Bologna.
- ROSENFELD Michel, 2000, *Interpretazioni*. Il Mulino, Bologna.
- SCARPELLI Uberto, 1982, *L'etica senza verità*. Il Mulino, Bologna.
- SPADARO Antonio, 2002, «I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti». *Ars Interpretandi*, 325.
- STILE Alfonso Maria, 1991, *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*. Jovene, Napoli.
- VILLA Vittorio, 2005, «Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica». *Cassazione penale*, 2432.
- VINCIGUERRA Sergio, 2014, «Sull'intralcio all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio». *Diritto penale XXI secolo*, 195 ss.
- VIOLA Francesco, 2015, «Il diritto come arte della convivenza civile». *Rivista di filosofia del diritto*, 63.
- VOGLIOTTI Massimo, 2011, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia in materia penale*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2015, «Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea». *Rivista di filosofia del diritto*, 90.
- ZACCARIA Giuseppe, 2012, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2014, «Tre osservazioni su New Realism ed Ermeneutica». *Ragion pratica*, 341 ss.

