

BALDASSARE PASTORE

Interpretare, giudicare, controllare.
Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica

ABSTRACT

Judge-made law plays an important role in contemporary criminal law system, which appears to be more and more fragmentary and puzzling with regard to its sources. Adjudication implies a space for creativity. Nevertheless the undeniable judicial creativity is tolerated only on condition that judge's productive power is limited. Legal hermeneutics shows that the question of interpretation resides in the dialectic tension between creativity and restriction, discretion and rationality. It points out the restraints against arbitrary judgments. According to the principle of legality, the peculiar functions of criminal law deal with the traits of the interpretive process that has the legal text as its object. Legal methodology is functional in need of staying connected to texts. It can provide a basis for rational control of judicial decisions.

KEYWORDS

Judge-made Law – Criminal Law – Adjudication – Legal Methodology – Legal Hermeneutics.

1. CO-PRODUZIONE DEL DIRITTO, GIUDIZIO GIURISDIZIONALE,
METODOLOGIA GIURIDICA

Viviamo nell'*età della giurisdizione*. Ciò vale anche in relazione al diritto penale¹.

Certamente vi sono alcune significative specificità riguardanti questo ambito ordinamentale. In primo luogo, riconosciuta la soggezione di tutti i giudici alla legge², la legalità penale richiede al giudice una fedeltà alla legge particolarmente accentuata³. Tuttavia spetta al giudice la concretizzazione individualizzante del dettato normativo (generale e astratto), con la precisione della sua esatta portata⁴. Qui possono entrare (e normalmente entrano)

1. G. Fiandaca, 2011, 92-4.

2. Così prescrive, nel diritto italiano, l'art. 101, comma 2, della Costituzione.

3. F. Palazzo, 2006, 525.

4. M. Donini, 2011, 81. Come si afferma in Cass., S.U., 21 gennaio 2010, n. 18288, nel concet-

in gioco, oltre alle tecniche e agli stili argomentativi, giudizi di valore, nella forma di valutazioni teleologiche, opzioni politico-criminali, considerazioni orientate alle conseguenze. Peraltro, anche la legislazione più scrupolosa sotto il profilo di una descrizione puntuale e accurata dei presupposti della responsabilità penale non potrebbe annullare l'inevitabile creatività dell'attività interpretativo-applicativa⁵. Si tratta di una attività *fisiologicamente creativa*, poiché l'attribuzione di significato alle disposizioni costituisce sempre un arricchimento dello schema semantico in esse contenuto⁶.

La giurisprudenza, così, svolge un ruolo di co-produttore del diritto⁷, che rinvia ad una relazione di tipo complementare con la legislazione⁸. La creatività giudiziale è *derivata*, posto che opera sotto il vincolo testuale della legge.

Il diritto penale lega la visibilità delle sue funzioni di disciplina e di tutela alle vicende del giudizio giurisdizionale⁹. La *regula iuris*, infatti, è unicamente quella che il giudice ricava dalla legge nel momento processuale dell'accertamento di responsabilità¹⁰. Qui l'enunciazione del giudice si converte in atto coercitivo (la condanna e l'inflizione della sanzione) sui beni delle persone. L'interpretazione in sede giudiziale, dunque, si pone come atto di esercizio di un potere¹¹, nel quale sono presenti rilevanti aspetti discrezionali.

Riconoscere ciò pone al centro della riflessione teorica e della pratica il problema dei limiti, dei vincoli alla discrezionalità giudiziaria. Il rischio, infatti, è che essa sia esercitata disinvoltamente e, dunque, arbitrariamente¹². Vengono in evidenza, a tal proposito, una serie di questioni legate al ruolo della metodologia giuridica.

Alla metodologia giuridica spesso è assegnato (esclusivamente) il compito di esame della via interpretativa che il giurista segue. Si tratterebbe di un compito descrittivo, consistente nell'indagare quali sono i tipi di argomento mediante i quali gli interpreti compiono le loro operazioni. Tale idea, però, va rifiutata. La metodologia, invero, svolge ulteriori compiti. Nel riflettere sugli argomenti, soppesandone le ragioni *pro e contro*, essa predispone strumenti

to di legalità sono inglobati sia il diritto di produzione legislativa sia quello di derivazione giurisprudenziale, con il riconoscimento del ruolo fondamentale affidato al giudice nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo.

5. G. Fiandaca, 2011, 94-5.

6. Cfr. V. Villa, 2012, 191-2.

7. O. Di Giovine, 2006, 296; G. Hirsch, 2007, 116, 119-20; G. Fiandaca, 2005, 1722-3; G. Fiandaca, 2011, 94-5; G. Zaccaria, 2012, 12-4; M. Vogliotti, 2015, 160-1, 173.

8. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 156-61.

9. G. Fiandaca, 2001, 301; V. Maiello, 2005, 167-8; F. Palazzo, 2001-2002, 516-7.

10. F. Palazzo, 2006, 517-8.

11. Ivi, 528-9; D. Pulitanò, 2006, 663.

12. G. Fiandaca, 2011, 96.

per controllare le argomentazioni degli interpreti¹³, le loro scelte¹⁴ e, dunque, le loro decisioni.

La controllabilità delle decisioni ha a che fare con un insieme di regole (accettate all'interno di una cultura giuridica), tendenti tutte, in vario modo, a restringere per quanto possibile l'ambito di quel che può essere, in relazione ad una situazione concreta, correttamente deciso. Si tratta delle regole sulle fonti e sull'interpretazione, che riguardano la selezione delle premesse di diritto dell'argomentazione giuridica; delle regole di procedura (o del gioco processuale); delle regole di svolgimento dell'argomentazione stessa¹⁵. Tali regole, invero, lasciano all'organo decidente spazi di discrezionalità. Ciò, in ogni modo, non comporta necessariamente incertezza ed arbitrio. Gli spazi di discrezionalità sono ineliminabili. È da evitare, però, che l'organo decidente possa esimersi dall'assumere su di sé l'onere della giustificazione delle scelte compiute e la relativa responsabilità.

In questa prospettiva, dunque, il vero problema non è tanto se la decisione giudiziaria produca o non produca conclusioni innovative (creative) nei confronti di un diritto (oggettivo) supposto preesistente, ma se esse siano giustificate e possano essere controllate. Pertanto, assunta la centralità del vincolo alla legge, la questione riguarda la via per produrre tale vincolo, le condizioni della sua possibilità, i modi con i quali esso debba essere attuato. Questo, appunto, è il campo proprio della metodologia giuridica¹⁶. Essa ha a che fare con la fondazione delle decisioni giudiziarie vincolate alla legge.

La sfida sta nel vagliare la correttezza degli argomenti e dei percorsi decisionali degli interpreti «soggetti» alla legge.

La metodologia consiste in una forma di controllo del potere¹⁷, o, meglio, può agevolare o rendere possibile tale controllo sia, sul versante tecnico-giuridico, da parte delle istanze superiori e della comunità dei giuristi¹⁸, sia, sul versante sociale, da parte dell'opinione pubblica informata.

13. L. Gianformaggio, 1987, 467.

14. Sugli spazi non sopprimibili di libertà e di creatività dati all'interprete, nel processo di concretizzazione giudiziaria, rispettivamente con riguardo alla scelta della norma pertinente, alla sua interpretazione, una volta che essa sia stata individuata, e alla sua applicazione alla circostanza di fatto, cfr. G. Zaccaria, 2012, 155-7.

15. L. Gianformaggio, 1986, 166.

16. W. Hassemer, 2006, 268, 291-6, 302.

17. L. Gianformaggio, 1986, 168-9. Letizia Gianformaggio (ivi, 40) parla, in proposito, di «funzione civile della metodologia».

18. Come sottolinea D. Pulitanò, 2015, 51, di fronte ad *ogni* esercizio di potere «c'è un'esigenza di controllo, che, se non può essere affidato ad un potere formale, è comunque affidato all'uso della libertà di pensiero e di parola. Sotto questo profilo, il formante dottrinale ha il compito (anche, non soltanto) di decostruire forme sbagliate». Anche quelle che fossero imposte da organi istituzionali legittimati, ossia dotati di competenza normativa.

L'argomentazione nel ragionamento giuridico deve esserci perché c'è la controversia giudiziaria, ossia il conflitto tra pretese e tra ragioni, ognuna delle quali comporta che a suo sostegno siano addotti argomenti. Di tali pretese e di tali ragioni, aperte alla confutazione, va valutata la fondatezza. La metodologia del ragionamento giuridico, che assume ad oggetto privilegiato d'analisi la motivazione della sentenza, appresta gli strumenti per tale opera di controllo. D'altra parte, l'obbligo imposto ai giudici di motivare le loro scelte normative è un sintomo chiaro del fatto che si intende assoggettare tali scelte ad un controllo, talché di esse si possa predicare la non arbitrarietà.

Nel procedimento di giustificazione della decisione molteplici sono gli argomenti utilizzati: non solo quelli riguardanti le norme giuridiche generali presupposte valide e quelli relativi alle proposizioni descrittive dei fatti (a sostegno della loro verità, plausibilità, attendibilità), ma anche quelli volti a rendere accettabili certi significati normativi e quelli concernenti le varie conseguenze delle diverse scelte ipotizzabili.

La decisione corretta, pertanto, non è quella che discende «logicamente» dai dettami dell'autorità legislativa, né quella «arbitrariamente» stabilita dal giudice, ma è quella che risulta da una valutazione comparativa delle argomentazioni, delle ricostruzioni, delle interpretazioni prospettate dalle parti, di fronte ad un giudice imparziale, che sceglie, nel contraddittorio, fra le ipotesi argomentative avanzate (sia riguardo alla giustificazione della norma, sia riguardo alla giustificazione dell'enunciato fattuale)¹⁹.

Pertanto, una decisione è da considerare corretta solo se sono soddisfatte alcune condizioni, che si pongono come congiuntamente necessarie. Queste, in sede di giudizio giurisdizionale, riguardano la soluzione della *quaestio iuris* e della *quaestio facti*²⁰. Così, una decisione giudiziaria è da ritenere corretta se: *a*) è il risultato di una corretta scelta e di una corretta interpretazione delle norme rilevanti nel caso concreto; *b*) è fondata su un accertamento veritiero, pertinente, attendibile dei fatti oggetto della controversia; *c*) è il risultato di un procedimento nel quale siano state rispettate le garanzie processuali, prima fra tutte il contraddittorio tra le parti, affinché si abbia la completa formulazione delle ipotesi di decisione e le stesse parti possano far valere i propri argomenti a sostegno delle rispettive richieste di soluzione²¹. Tali condizioni si connettono tra loro.

La controllabilità della decisione giudiziale, oltre a garantire la prevedibilità del risultato dell'atto con cui si pone la norma individuale a conclusione di

19. Il contraddittorio non costituisce solo un essenziale strumento per assicurare il miglior accertamento del fatto, ma anche una modalità per contenere il potere punitivo del giudice e per prevenirne gli abusi. Cfr. R. Orlandi, 2008, 247-9. Si veda altresì G. Ubertis, 2015, 60-7.

20. Al riguardo, va sempre tenuto presente l'intreccio tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, nonché il carattere «fluttuante» della linea della loro demarcazione. Cfr. B. Pastore, 1996, 114-22; V. Omaggio, G. Carliuzzi, 2010, 132, 142, 198-201.

21. M. Taruffo, 2009, 117-9; B. Pastore, 2015, 97-8.

INTERPRETARE, GIUDICARE, CONTROLLARE

un ragionamento giuridico, esprime anche una irrinunciabile esigenza di giustizia ed è finalizzata ad evitare che il campo della pratica giuridica sia lasciato al decisionismo arbitrario.

2. L'ERMENEUTICA GIURIDICA PRESA SUL SERIO

Il progressivo riconoscimento dell'inevitabile componente creativa della giurisprudenza, nel campo del diritto penale, è stato legato (anche) all'irrompere delle teorie ermeneutiche²². L'ermeneutica ha contribuito a dare una consapevolezza nuova della complessità della decisione giudiziale e a squarciare il velo di ignoranza (quando non di ipocrisia) «che riduce l'interprete a cieco braccio esecutivo di un legislatore onnipotente»²³. Le concezioni ermeneutiche, in questo quadro, sono prese in considerazione in quanto *semplicemente* attente a descrivere il funzionamento della pratica dell'interpretazione²⁴.

È, questa, una raffigurazione adeguata dell'ermeneutica giuridica? Credo di no. Tale prospettiva teorica pone attenzione all'attività svolta dall'interprete, prendendo in considerazione le due polarità entro cui si esplica la formazione giudiziale del diritto: da un lato, la libertà, in una certa misura ineliminabile, del soggetto interpretante; dall'altro, l'esigenza di razionalità del suo operato, con riferimento alla accettabilità della decisione in un contesto unitario di senso che contribuisce a controllarne l'esercizio interpretativo²⁵. In questo senso, come è stato opportunamente sottolineato, l'ermeneutica giuridica contribuisce «non solo a smantellare l'onnipotenza del legislatore» ma mette in discussione anche «l'onnipotenza (forse più temibile) del giudice»²⁶.

L'orientamento al testo costituisce uno degli elementi che caratterizzano la prospettiva ermeneutica. I testi presentano una propria identità. Ma, pur ponendosi come punto di riferimento stabile dinanzi alle molteplici possibilità interpretative che ad essi rinviano, sono opere aperte all'interpretazione. Si

22. Cfr. O. Di Giovine, 2013, 175. Sulla vicenda relativa alla recezione dell'ermeneutica giuridica nella penalistica italiana si rinvia a M. Vogliotti, 2015, 153-8.

23. Così F. Palazzo, 2016, 1100. L'attenzione si dirige, pertanto, sulle «condizioni di possibilità del procedimento ermeneutico che non si esauriscono nella mera esistenza di un qualsivoglia *dictum* del legislatore». Cfr. D. Pulitanò, 2006, 676.

24. O. Di Giovine, 2012, 270.

25. Per una precisa individuazione degli elementi caratterizzanti l'ermeneutica giuridica si rinvia a F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 186-98.

26. F. Palazzo, 2016, 1100. Sulla regola di deontologia giudiziaria consistente nella consapevolezza del carattere «terribile» e «odioso» del potere giudiziario cfr. L. Ferrajoli, 2013, 500-1. Sull'importanza di una teoria prescrittiva dell'interpretazione (per evitare il rischio di «liceizzare quasi tutto») insiste M. Donini, 2011, 115-7. Sull'esigenza di un controllo critico rigoroso dei metodi interpretativi, delle tecniche argomentative, degli stili di ragionamento usati nella prassi, cfr. G. Fiandaca, 2005, 1723.

potrebbe dire, al riguardo, che il richiamo al testo opera come *ideale regolativo*, atto a garantire il collegamento delle diverse interpretazioni ammissibili ad un unico e medesimo oggetto²⁷.

La problematica ermeneutica procede da quel particolare rapporto fra testo e contesto che fa sì che il senso di un testo sia considerato capace di decontestualizzarsi, ossia di liberarsi dal suo contesto iniziale, per ricontestualizzarsi in una nuova situazione²⁸.

Un testo giuridico richiede sempre di essere interpretato, al fine di esplicarne il senso oscuro e/o non sufficientemente determinato e di definire la rilevanza giuridica di determinati fatti, eventi, accadimenti.

Il testo si pone come *unità di misura* per l'opera interpretativa, con riguardo al significato che esso può assumere nel caso concreto. L'interpretazione giuridica, da questo punto di vista, non costituisce il mezzo per identificare un significato normativo precostituito, ma concorre a determinare tale significato²⁹.

Nell'interpretazione giuridica il senso di un testo si rivela pienamente in connessione ai casi da decidere. Norma e caso vengono a trovarsi tra loro in un rapporto di progressiva determinazione reciproca³⁰. L'applicazione della norma al fatto consiste nella scoperta della loro coincidenza attraverso un movimento circolare del comprendere che procede in una pluralità di livelli successivi³¹. Le concrete circostanze di fatto risultano comprensibili nella loro rilevanza giuridica solo con riferimento ai materiali normativi che, d'altra parte, rivelano il loro significato attraverso l'intendimento delle circostanze concrete.

In questo ambito svolge un ruolo centrale il «contesto giuridico-ordinamentale», inteso come insieme dei materiali normativi, dei principi giuridici, dell'apparato concettuale e delle formule tecnicizzate, dei *tradita* accumulati nella riflessione dottrinale e nella prassi giurisprudenziale (comprensivi delle costruzioni dogmatiche e delle *rationes decidendi*), che partecipa costitutivamente alla formulazione e alla soluzione del problema, funzionando come struttura di riferimento. Tutti questi elementi concorrono a dar vita al risultato interpretativo insieme alle convinzioni condivise dagli interpreti (che peraltro non escludono disaccordi e conflitti, pur all'interno di un quadro tenden-

27. Sul punto si rinvia a B. Pastore, 2014, 55 ss.

28. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 454-5. Cfr. anche P. Ricoeur (1986), trad. it. 1989, 134 ss., 178 ss., 353-4; B. Pastore, 2014, 51-86. Con riferimento all'interpretazione penalistica cfr. F. Palazzo, 2006.

29. B. Pastore, 2014, 64.

30. Su questo aspetto si rinvia a: J. Esser (1972), trad. it. 1983, 24 ss., 38 ss.; F. Müller, 1989, 107 ss.; G. Zaccaria, 1990, 52 ss., 59-60, 85 ss., 98 ss., 146-7; B. Pastore, 1996, 28 ss., 114 ss.

31. W. Hassemer (1968), trad. it. 2007, 176-7, parla, in proposito, di «spirale ermeneutica».

zialmente stabile³²), al lessico, alle correlazioni e corrispondenze normalmente impiegate³³, senza dimenticare le opzioni valoriali che stanno dietro le tecniche e gli argomenti interpretativi.

La comprensione del problema da risolvere giuridicamente si fonda su una domanda-guida che costituisce la specificazione della prospettiva nella quale l'interprete si pone. Tale comprensione del caso, che rappresenta il risultato del suo inserimento all'interno di un contesto linguistico che opera come filtro interpretativo-valutativo, costituisce l'esito di un primo provvisorio procedimento di giudizio che va rivisto e ridefinito fino a giungere alla decisione finale attraverso l'individuazione di alternative e ipotesi da giustificare di volta in volta in base alla loro accettabilità e plausibilità. In questa prospettiva, le finalità contenute e trasmesse nei concetti giuridici e incorporate nelle fattispecie normative, così come i giudizi assiologici extra-legislativi, forniscono prevalutazioni di natura ipotetico-provvisoria, che vanno continuamente problematizzate e discusse fino a che non si arrivi alla decisione finale.

Tale precomprensione diviene un elemento prezioso per una raffigurazione epistemologicamente più consapevole della complessità del procedimento di comprensione giuridica come progettazione di senso da parte dell'interprete. Qui si delimitano la direzione e lo spazio entro cui utilizzare i materiali giuridici e i metodi³⁴. La scelta del metodo, da questo punto di vista, viene suggerita dai problemi sostanziali e dalle questioni pratiche che l'interprete è chiamato ad affrontare e risolvere.

All'interno dei nostri ordinamenti, il diritto penale serve a prevenire i delitti, ma anche a prevenire le pene arbitrarie e sproporzionate, a tutela dell'imputato e del reo. Svolge una funzione di certezza (intesa come conoscibilità dei precetti, come calcolabilità delle conseguenze della condotta, come ragionevole prevedibilità delle decisioni) e, nel contempo, una funzione di garanzia contro gli abusi degli organi dell'applicazione³⁵. La scelta del metodo, pertanto, in un'ottica di fedeltà ai principi dello Stato di diritto, non può non essere volta ad un'attribuzione di significati ai testi penali che realizzino tali scopi senza alterare la tipicità formale delle fattispecie, andando al di là – o contro – la cornice semantica predisposta dalle stesse disposizioni da interpretare³⁶.

I metodi, invero, in ragione della loro pluralità ed equivalenza e giacché rinviano a termini che richiedono, a loro volta, di essere interpretati, non possono eliminare gli spazi di libertà dell'interprete: possono, però, contenerli

32. Cfr. E. Diciotti, 2013, 214-6.

33. B. Pastore, 2014, 72-3. Sull'essenziale legame tra testo e sistema, in campo penale, si veda F. Palazzo 2006, 529-30.

34. Sull'operare della precomprensione in ambito giuridico cfr. J. Esser (1972), trad. it. 1983, 127 ss., 132 ss. Con riferimento al diritto penale, cfr. M. Ronco, 2006.

35. G. Pino, 2016, 198 ss., 228 ss.

36. V. Villa, 2012, 192, 212.

e strutturarli, dal momento che segnano i passi che l'interprete deve fare nel suo ragionamento per offrire una argomentazione convincente, evitando errori ed arbitrii. Il metodo è, allora, «una risorsa argomentativa per mostrare che la regola estratta dall'ordinamento è una regola possibile, cioè giustificabile in un ordinamento dato»³⁷; è una regola che può essere ricondotta in modo plausibile ai testi giuridici ufficiali.

I metodi interpretativi sono strumenti per attribuire significato alle disposizioni, nonché strumenti per formulare argomenti a favore dei significati attribuiti alle disposizioni. Servono a sviluppare criteri per il controllo della validità e correttezza delle ipotesi di interpretazione³⁸. Ciò avviene sotto due profili³⁹. Dal punto di vista del soggetto che interpreta, il metodo permette di auto-controllare il procedimento seguito al fine di valutare la fondatezza giuridica dell'interpretazione. Dal punto di vista della comunità nella quale l'interprete è inserito, permette di valutare e controllare l'ipotesi posta alla base della decisione.

Non può non evidenziarsi, in proposito, che i giudici usano differenti argomenti interpretativi, che danno luogo a specifiche strategie interpretative⁴⁰. Sarebbe opportuno, allora, per esigenze di trasparenza, che gli interpreti esplittassero i metodi utilizzati, dandone conto in sede di motivazione.

La decisione giudiziaria deve mostrare la sua correttezza e adeguatezza. Giocano un ruolo cruciale, in proposito, i controlli di razionalità, atti a testarne la tenuta. Tali controlli, riprendendo la riflessione di Esser⁴¹, riguardano la concordanza della soluzione prescelta con il sistema giuridico positivo; la sua giustezza materiale, rivolta agli aspetti di contenuto sostanziale del caso, intesa come plausibilità e ragionevolezza sociale di tale soluzione; la sua evidenza, cioè l'innegabilità logica (valutabile invero solo *a posteriori*), che attiene alla capacità di «consenso» della decisione, in quanto non confutabile, risultando inutile il ricorso ad ulteriori argomentazioni. Assume rilevanza, inoltre, il riferimento alla comunità interpretativa, che lega tra loro i membri di una tradizione giuridica, i quali, risultando situati in un tessuto di pratiche collettive sedimentato nel linguaggio e nella cultura, accettano e condividono un sostrato di atteggiamenti, convenzioni, orientamenti, opinioni professionali (pur in presenza di disaccordi e conflitti). La comunità dell'interpretazione giuridica può rappresentare un ulteriore criterio regolativo, intersoggettivamente caratterizzato, in base al

37. G. Zagrebelsky, 1992, 184.

38. P. Chiassoni, 2007, 141; B. Pastore, 2015, 87-8, 95-6.

39. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 202-3.

40. E. Diciotti, 1999, 339.

41. Cfr. J. Esser (1972), trad. it. 1983, 13-4, 20-1, 130-1, 138-41, 167-72. Si veda sul punto G. Zaccaria, 2012, 131-4.

quale controllare le scelte e le soluzioni⁴² sul versante della consistenza delle argomentazioni fornite.

Il testo giuridico delimita lo spazio di gioco della concretizzazione. Fornisce inoltre la direzione verso la quale possono dislocarsi le varianti di significato ammissibili⁴³. L'appello al testo opera, allora, come una sorta di restrizione nell'attribuzione di significati⁴⁴, al fine di evitare che esso sia solo un pretesto.

In questo quadro, e specificamente nell'ambito del diritto penale, il vincolo testuale rappresenta il contenuto minimo (indispensabile) del principio di legalità. Tale principio, positivizzato nell'ordinamento italiano principalmente – anche se non esclusivamente – come riserva di legge (art. 1 c.p. e art. 25, comma 2, Cost.), connesso anche alla tassatività, costituisce l'architrave di un sistema ispirato alle esigenze di conoscibilità e prevedibilità di ciò che è penalmente rilevante, ai principi della garanzia delle libertà degli individui e della separazione dei poteri, alla limitazione dell'arbitrio nella gestione dello strumento penale⁴⁵.

Il legame con il testo legislativo è imposto anche dal divieto di analogia (*in malam partem*), ex art. 14 Preleggi, che impedisce al giudice non solo (ovviamente) di inventare figure di reato, ma anche di estendere a fenomeni vagamente simili o connessi le fattispecie previste dalla legge⁴⁶. L'uso dell'analogia, infatti, modificherebbe il parametro valutativo di riferimento e, pertanto, lo stesso «tipo» normativo; lo spezzerebbe, sciogliendolo in un *continuum* che è l'esatto contrario della conformità tipologica dell'illecito penale⁴⁷. Senza l'argine (per molti versi fragile, ma imprescindibile) costituito dal testo sarebbe «difficile resistere all'inarrestabile bisogno di tutela, con la conseguenza che di analogia in analogia il diritto penale finirebbe per estendere la sua ragnatela, anzi la sua pesante cappa di piombo, sulla società uccidendo libertà individuale e vitalità sociale»⁴⁸.

Il diritto (compreso quello penale) ha bisogno dell'interpretazione perché, senza di essa, resterebbe lettera morta. Ma l'interpretazione può considerarsi legittima solo se è riconducibile in forme metodologicamente corrette ai testi

42. E. Pariotti, 2000, 44 ss., 118 ss., 126 ss.; G. Zaccaria, 2012, 134-41.

43. F. Müller, 1989, 183 ss., 199 ss.; L. Mengoni, 1996, 17-8, 72; G. Zaccaria, 2012, 96-7.

44. Va riconosciuto, comunque, che la maggior parte dei problemi (più rilevanti) del diritto penale riguardano questioni «al confine», nelle quali non è evidente se l'interpretazione stia dentro il significato testuale e che sfumano in modalità di incerta qualificazione. Cfr. D. Pulitanò, 2006, 665-6.

45. G. Pino, 2016, 190, 196, 218, 224-5.

46. A. Pagliaro, 1997, 160-4; F. Palazzo, 2001-2002, 520-4; L. Ferrajoli, 2013, 500-1.

47. F. Palazzo, 2006, 530-5. Sull'analogia, e sulle sue differenze (ma anche sulle caratteristiche comuni) in relazione all'interpretazione estensiva, si veda D. Canale, G. Tuzet, 2014, 154-8. Cfr. anche F. Giunta *et al.*, 2010.

48. Così F. Palazzo, 2006, 534.

giuridici, sì da affermare gli scopi fondamentali del postulato del vincolo e della fedeltà all'ordinamento, riconducibili alla certezza del diritto, all'egualanza di trattamento, alla controllabilità della decisione.

3. DISORDINE DELLE FONTI E RESPONSABILITÀ DEGLI INTERPRETI

L'interprete, anche nel diritto penale, vive in un universo normativo eterogeneo e policentrico (in un pluriverso) ed è chiamato a partecipare alla individuazione della regola che, al contempo, lo limita e che egli deve applicare. Ciò implica l'esclusione di ogni connotazione arbitrariamente soggettivistica nell'opera di individuazione della regola e, insieme, il suo impegno ad essere co-produttore dell'ordine giuridico, in conformità ad una linea di congruenza con i materiali normativi desumibili dalle varie fonti, vieppiù articolate in un regime di frastagliato pluralismo, nel rispetto dei canoni metodologici accreditati nella cultura giuridica.

Gli attuali sistemi penali tendono ad atteggiarsi in maniera pluralistica e disordinata. Sembrano evolversi in senso a-gerarchico e reticolare⁴⁹, con la coesistenza di fonti che proliferano intrecciandosi e con la compresenza di istituzioni appartenenti a ordinamenti diversi, legate ai processi di europeizzazione e internazionalizzazione. Ipertrofia normativa e scadente qualità dei testi legislativi sono tratti ormai strutturali. Si assiste ad una settorializzazione dei precetti penali, in relazione a specifici problemi di disciplina, a peculiari fenomenologie criminose, alla parcellizzazione dei destinatari⁵⁰. Ne risulta un quadro confuso. Si ha a che fare con un assetto multilivello e osmotico in cui convivono prodotti normativi eterogenei e tra loro potenzialmente in conflitto⁵¹: la progressiva affermazione del diritto penale internazionale⁵²; il diritto dell'Unione europea, che tra l'altro produce l'erompere dell'interpretazione conforme, atta ad amplificare ed esaltare la dimensione giudiziale⁵³; quello della CEDU, con la sua giurisprudenza⁵⁴; la Costituzione; il diritto interno di produzione legislativa e giurisdizionale. Tutto ciò produce l'erosione e la conseguente relativizzazione del principio della riserva di legge. Non meno

49. Sulla dimensione pluralistica, policentrica, reticolare del diritto penale contemporaneo cfr. A. Bernardi, 2011, 552-4; A. Gargani, 2011, 99 ss., 102 ss., 111 ss.; C. E. Paliero, 2014, 1104-16.

50. Sul punto cfr. G. Fiandaca, 2005, 1725; A. Bernardi, 2011, 550-1.

51. Ciò tuttavia non può condurre a obliterare la presenza di «chiavi di volta», di elementi di raccordo, di trame di sostegno, ruotanti, per molti versi, intorno ai principi fondamentali, che rendono possibile un'opera ricostruttiva e ordinatrice, vieppiù affidata agli interpreti. Cfr. B. Pastore, 2014, 48-9, 114.

52. Cfr. E. Amati *et al.*, 2010.

53. V. Manes, 2015, 397, 400 ss.

54. Sul fenomeno del cosiddetto «europeismo giudiziario» cfr. M. Donini, 2011, 93 ss.; L. Siracusa, 2012, 111 ss.

rilevante è il massiccio ingresso di fonti secondarie in funzione di specificazione dei precetti penali, nonché di fonti *extra ordinem* (quali sono gli atti di *soft law*) che incidono sull'interpretazione delle fattispecie penali e/o integrano i precetti penali⁵⁵.

Dinanzi a tale scenario il ruolo e la connessa responsabilità degli interpreti non possono non crescere di peso. È l'arcipelago ordinamentale a imporre all'interprete una ricerca delle fonti da applicare e ad amplificare il suo ruolo. Individuazione e interpretazione delle fonti si connettono⁵⁶.

Tuttavia, tale accresciuta responsabilità non può essere disgiunta dall'impegno dei giudici a far ricorso ad interpretazioni implicanti scelte metodologiche, attente al dato testuale, che non estendano l'area della punibilità, se non nei limiti consentiti dal tenore letterale delle disposizioni, allo scopo di tutelare la libertà dei consociati⁵⁷, in conformità a quell'istanza garantistica volta a circoscrivere entro confini ben precisi il loro potere discrezionale⁵⁸.

Nell'odierna destrutturazione del sistema del diritto penale, lo stesso principio di legalità si riconfigura, orientandosi nella direzione della «ragionevole prevedibilità dell'esito giudiziario», che ne diventa l'«ultimo baluardo»⁵⁹. È questa la strada intrapresa dalla Corte EDU, secondo la quale la prevedibilità del risultato interpretativo, cui perviene l'elaborazione giurisprudenziale, diviene il dato decisivo da cui dedurre il principio di legalità⁶⁰.

Non vi è, però, prevedibilità dell'esito giudiziario senza stabilizzazione giurisprudenziale. Qui entra in campo la capacità del giudice di legittimità di funzionare come organo di nomofilachia, a cui si collega il potenziamento della cultura del precedente⁶¹, orientata all'elaborazione di casi paradigmatici, tipologici, atti a costituire punti di riferimento delle *rationes decidendi*⁶².

Il rispetto del precedente, invero, garantisce l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, come fine che trova giustificazione, tra l'altro, nell'egualanza di trattamento e nell'opportunità che le decisioni giudiziarie siano prevedibili e, dunque, capaci di assicurare la certezza attra-

55. Per alcuni illuminanti esempi al riguardo si rinvia a A. Bernardi, 2011, 560 ss., 567 ss., 571 ss.

56. G. Zaccaria, 2012, 46, 58; B. Pastore, 2014, 31-4.

57. W. Hassemer, 1997, 190-4.

58. M. Donini, 2011, 80; G. Amarelli, 2015, 24-8.

59. O. Di Giovine, 2013, 175, 181.

60. Come è noto, la Corte di Strasburgo vede nella prevedibilità dell'esito giudiziario, insieme all'accessibilità del pregetto penale, il requisito imprescindibile della legalità a livello europeo sulla base della lettura dell'art. 7 CEDU. Cfr., sul punto, F. Palazzo, 2007, 1318-21. Cfr., inoltre, Cass., S.U., 19 aprile 2012, n. 34952, e, tra la vasta letteratura, A. di Martino, 2014, 95 ss.

61. A. Cadoppi, 2014.

62. G. Fiandaca, 2005, 1734-5.

BALDASSARE PASTORE

verso la continuità degli orientamenti interpretativi. Tale uniformità, tuttavia, non è stabile né eterna. Essa garantisce un ordine (parziale e temporalmente definito) entro un quadro normativo disordinato e complesso⁶³, nel quale la possibilità del mutamento giurisprudenziale appare opportuna per assicurare l'equità delle soluzioni giudiziali⁶⁴, che, peraltro, presuppone il confronto argomentativo sul significato delle disposizioni normative e sulla qualificazione dei fatti concreti.

Il momento dell'applicazione delle norme in sede giurisdizionale mette in evidenza la questione della trasparenza dei percorsi interpretativi e decisionali, dei vincoli argomentativi e istituzionali e dei limiti ai quali tali percorsi devono soggiacere⁶⁵, dei controlli e delle correzioni connesse all'esercizio della critica da parte dei giuristi, basata sul circuito di una ragione discorsiva⁶⁶, evitando la separazione tra teoria e prassi.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AMARELLI Giuseppe, 2015, «Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria». *AIC. Osservatorio costituzionale*, 2: 1-28.
- AMATI Enrico, CACCAMO Valentina, COSTI Matteo, FRONZA Emanuela, VALLINI Antonio, 2010, *Introduzione al diritto penale internazionale*, II ed. Giuffrè, Milano.
- BERNARDI Alessandro, 2011, «Sui rapporti tra diritto penale e soft law». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 54: 536-83.
- CADOPPI Alberto, 2014, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed. Giappichelli, Torino.
- CANALE Damiano, TUZET Giovanni, 2014, «Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico». *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 44: 149-73.
- CHIASSONI Pierluigi, 2007, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Il Mulino, Bologna.
- DICOTTI Enrico, 1999, *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2013, «Ordinamento giuridico». In G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, 184-219. Giappichelli, Torino.
- DI GIOVINE Ombretta, 2006, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*. Giuffrè, Milano.
- EAD., 2012, «Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale». *Criminalia*, 7: 267-84.

63. M. Taruffo, 2014, 38, 55-7.

64. F. Viola, G. Zaccaria, 1999, 304-7.

65. Sulla necessità che la giurisprudenza si riappropri della «cultura del limite» cfr. G. Fiandaca, 2001, 327; D. Pulitanò, 2006, 660.

66. W. Hassemer, 1997, 193-4; D. Pulitanò, 2006, 682-3; F. Palazzo, 2007, 1327-9.

INTERPRETARE, GIUDICARE, CONTROLLARE

- EAD., 2013, «Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione». *Diritto penale contemporaneo*, 1: 159-81.
- DI MARTINO Alberto, 2014, «Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte». *Criminalia*, 9: 91-127.
- DONINI Massimo, 2011, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Giuffrè, Milano.
- ESSER Josef, 1972, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Fischer Athenäum Taschenbücher, Frankfurt am Main (trad. it. *Precomprendere e scegliere del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1983).
- FERRAJOLI Luigi, 2013, «Deontologia giudiziaria». *Diritto e questioni pubbliche*, 13: 497-511.
- 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*, 299-328. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- ID., 2005, «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione». *Cassazione penale*, 45: 1722-38.
- ID., 2011, «Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale». *Criminalia*, 6: 79-98.
- GADAMER Hans Georg, 1960, *Wahrheit und Methode*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*. Bompiani, Milano 1983).
- GARGANI Alberto, 2011, «Verso una "democrazia giudiziaria"? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo». *Criminalia*, 6: 99-124.
- GIANFORMAGGIO Letizia, 1986, *Studi sulla giustificazione giuridica*. Giappichelli, Torino.
- EAD., 1987, «Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica ovvero i giuristi interpreti presi sul serio». *Studi Senesi*, 36: 461-89.
- GIUNTA Fausto, CARCATERRA Gaetano, DI GIOVINE Ombretta, MAZZACUVA Nicola, VELLUZZI Vito, 2010, «Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza». *Criminalia*, 5: 347-82.
- HASSEMER Winfried, 1968, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München (trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*. ESI, Napoli 2007).
- ID., 1997, «Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale». *Ars Interpretandi*, 2: 171-95.
- ID., 2006, «Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria». *Ars Interpretandi*, 11: 265-302.
- HIRSCH Günter, 2007, «Verso uno Stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico». *Criminalia*, 2: 107-20.
- MAIELLO Vincenzo, 2005, «Principio di legalità ed ermeneutica nella definizione (delle figure) della partecipazione associativa di tipo mafioso e del c.d. concorso esterno». In L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda (a cura di), *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio. Un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, 159-94. CEDAM, Padova.

BALDASSARE PASTORE

- MANES Vittorio, 2015, «Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranaziali in materia penale». In A. Bernardi (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, 391-442. Jovene, Napoli.
- MENGONI Luigi, 1996, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi. Giuffrè, Milano.
- MÜLLER Friedrich, 1989, *Juristische Methodik* (3. Aufl.). Duncker & Humblot, Berlin.
- OMAGGIO Vincenzo, CARLIZZI Gaetano, 2010, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*. Giappichelli, Torino.
- ORLANDI Renzo, 2008, «Trasformazione dello Stato e crisi della giustizia penale». In M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, 235-49. Giappichelli, Torino.
- PAGLIARO Antonio, 1997, «Testo e interpretazione delle leggi penali». *Ars Interpretandi*, 2: 157-70.
- PALAZZO Francesco, 2001-2002, «Regole e prassi dell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico». *Diritto privato*, 7-8: 507-56.
- ID., 2006, «Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica». In E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, 515-38. Giuffrè, Milano.
- ID., 2007, «Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"». *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36: 1279-329.
- ID., 2016, «Il principio di legalità tra costituzione e suggestioni sovranazionali». In *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. II, 1087-102. Wolters Kluwer-CEDAM, Padova.
- PALIERO Carlo Enrico, 2014, «Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 57: 1099-132.
- PARIOTTI Elena, 2000, *La comunità interpretativa nell'applicazione del diritto*. Giappichelli, Torino.
- PASTORE Baldassare, 1996, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2014, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*. CEDAM, Padova.
- ID., 2015, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*. Giappichelli, Torino.
- PINO Giorgio, 2016, «Legalità penale e rule of law». In G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, 177-233. Il Mulino, Bologna.
- PULITANÒ Domenico, 2006, «Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale». In E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, 657-91. Giuffrè, Milano.
- ID., 2015, «Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge». *Diritto penale contemporaneo*, 2: 46-54.
- RICOEUR Paul, 1986, *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*. Éditions du Seuil, Paris (trad. it. *Dal testo all'azione*. Jaca Book, Milano 1989).
- RONCO Mauro, 2006, «Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia». In E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, 693-713. Giuffrè, Milano.

INTERPRETARE, GIUDICARE, CONTROLLARE

- SIRACUSA Licia, 2012, «La trasfigurazione del principio di legalità penale statale nel prisma del diritto europeo». In F. Viola (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, 111-38. Il Mulino, Bologna.
- TARUFFO Michele, 2009, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2014, «Aspetti del precedente giudiziale». *Criminalia*, 9: 37-57.
- UBERTIS Giulio, 2015, *Profili di epistemologia giudiziaria*. Giuffrè, Milano.
- VILLA Vittorio, 2012, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*. Giappichelli, Torino.
- VIOLA Francesco, ZACCARIA Giuseppe, 1999, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- VOGLIOTTI Massimo, 2015, «Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna». *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44: 131-81.
- ZACCARIA Giuseppe, 1990, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. CEDAM, Padova.
- ID., 2012, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- ZAGREBELSKY Gustavo, 1992, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Einaudi, Torino.

