

OMBRETTA DI GIOVINE*

L'attuale, il frainteso e il superato dell'ermeneutica penale nel contesto italiano

ENGLISH TITLE

What's New, Misunderstood and Outdated in Italian Criminal Hermeneutics

ABSTRACT

In the first part, after a very summary reconstruction of the general cultural context which highlights the specificity of the prevailing attitude in criminal law, we summarize the arguments for and against the entry of the hermeneutics address in this field. In the remaining parts, we test the force and the relevance of hermeneutic concepts. In particular, we try to explain: on one hand, the reason why the interpretation of the criminal law sometimes seems to unfold on the text no more of the laws but of the judgments, neglecting the so-called practise of principles; on the other hand, the reason why in many disciplines the text of the law has been overtaken by the fact.

KEYWORDS

Legal Hermeneutics – Criminal Law – Principles – Rules – Facts.

1. PARTE I. LO STATO DELL'ARTE

1.1. Una panoramica generalissima

Premetto che, essendo una penalista sostanziale, per non incorrere in un uso inappropriato del linguaggio e del retrostante apparato concettuale giusfilosofico, volerò basso sperimentando un taglio per così dire psico-socio-ricostruttivo. E che quando ricorrerò a concetti filosofici, lo farò senza pretesa di precisione e/o di approfondimento, al solo fine di rendere più comprensibili le problematiche penalistiche che intendo discutere attraverso un loro inquadramento teorico.

Muovo allora dalla constatazione che la letteratura (trasversale, non solo giuridica) di inizio Millennio ha inneggiato, in modo talvolta scomposto, al

* Professoressa ordinaria di Diritto Penale presso l'Università degli Studi di Foggia.

realismo, declamando la rivincita della “natura” sulla cultura, la fine delle concezioni costruttiviste, ermeneutica compresa, e il superamento della “svolta linguistica” ad opera di una «svolta realista». Si pensi allo spazio conquistato dalle neuroscienze nello studio dei meccanismi biologici della conoscenza e dell’agire pratico, che attesta un rinnovato anelito di concretezza e il bisogno di recuperare quella maggiore attenzione alla dimensione oggettiva delle cose che, a torto o a ragione, si temeva le concezioni del secolo scorso stessero disperdendo.

Tuttavia, le impostazioni oggi dominanti, al di là di alcune enfasi verbali, sembrano aver capitalizzato le conquiste dell’ermeneutica e, in genere, delle correnti di pensiero novecentesche. Non credo di sbagliare affermando che, se si registra un graduale disamoramento nei loro confronti, ciò accade non perché siano considerate errate bensì, al contrario, perché acquisite e ritenute dunque pacifiche, quasi scontate. Sicché proprio sulla loro base è maturato l’impulso a guardare oltre¹.

Se mi si consente un’apparente divagazione (e un accostamento che potrebbe apparire irrivrente), in questa premessa accennerei pure al fatto che, contemporaneamente alla prima pubblicazione di *Verità e Metodo* (1960) ma in modo autonomo, oltreoceano nasceva la psicologia cognitiva. Tale disciplina, ancora in forte ascesa, contrapponendosi al comportamentismo, s’impegnò nello studio empirico dei processi di apprendimento umano e negli anni Settanta (in coincidenza con il momento di massima fortuna dell’ermeneutica), attraverso Kahneman e Tversky, partori la celeberrima teoria dei due processi cognitivi (lento, razionale e preciso il primo; veloce, intuitivo e impreciso il secondo). Ora, quando parla delle trappole conoscitive prodotte dalle euristiche, che cos’altro dice questa psicologia cognitiva se non che la conoscenza umana è viziata da precomprensioni e che soltanto se ne siamo a conoscenza possiamo rendere il ragionamento (razionale e quindi più) oggettivo?

1.2. *Il fuoco sul diritto*

Il *trend* sommariamente descritto non ha risparmiato il ceto dei giuristi che sempre più spesso sperimentano l’ibridazione tra saperi in funzione «realista» (con riferimento alle scienze cognitive, emblematica la posizione del costituzionalista americano Cass Sunstein).

1. Nelle scienze dure, interiorizzato il carattere *theory-laden* dell’osservazione (Duhem), il fuoco del dibattito si è spostato sulla scelta dei mezzi di analisi e poi sul metodo. Oggi gli sforzi convergono sull’elaborazione di schemi standardizzati (protocolli) d’indagine e di condivisione dei risultati delle ricerche che ne assicurino la massima falsificabilità. Specularmente, l’attenzione quasi ossessiva che le discipline sociali prestano al dato statistico e al retroterra empirico delle ricerche esprime l’acquisita consapevolezza dei rischi di soggettivismo in cui possono incorrere ambiti di conoscenza oramai consapevoli della loro maggiore riflessività. L’espressione è di A. Giddens (1990), trad. it. 1997, 44-52.

Ancora, uno dei maggiori impulsi allo studio delle possibili applicazioni giudiziarie dell'Intelligenza Artificiale e del *machine learning* è venuto proprio dall'intento di verificare se gli algoritmi riescano a «oggettivare» il giudizio, conformando la soluzione del caso concreto ai precedenti² (l'esordio del dibattito è stato peraltro ironicamente scandito proprio dalle polemiche sul rischio che le conclusioni delle macchine, le premesse dei cui ragionamenti sono formate per larga parte da «nude» statistiche, siano affette da «pregiudiz» nell'accezione non soltanto comune del termine)³.

In genere, non spetta a me ricordare che scuole di pensiero che avevano dato importanti contributi in chiave di ermeneutica hanno successivamente rivendicato con forza la necessità di andare oltre, di cogliere le costanti dei sistemi, svolgendo l'assunto per cui soltanto dalla certezza il diritto può ripetere la capacità di orientare i comportamenti dei suoi destinatari.

Lo stesso titolo del convegno di oggi (*L'eredità dell'ermeneutica giuridica*) ha il sapore non di una celebrazione e nemmeno di un congedo, ma piuttosto di un consuntivo. Sembra voler esortare a fare il punto della situazione per immaginare quali direzioni prenderà il diritto del futuro, e tuttavia muove comunque dal presupposto che il nuovo edificio sarà costruito su consapevolezze condivise⁴.

1.3. *Lo zoom sul diritto penale*

Dicevo: l'ermeneutica ha rappresentato uno stimolo conoscitivo formidabile in tutti i campi dello scibile, compreso quello giuridico eccetto, parrebbe, che... nel diritto penale. Quantomeno nella letteratura italiana – fatte alcune importanti eccezioni⁵ – perdura una dichiarata chiusura: fotografata, seppur con inevitabile approssimazione, in un saggio ancora recente di Massimo Vogliotti, evocativamente intitolato allo *Scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*⁶, al quale rinvio.

Qui reputo più utile tornare sui motivi che hanno determinato la diffidenza della dottrina penalistica verso l'ermeneutica.

Tali motivi affondano nella specificità della materia penale, legata alla potenziale incidenza su un bene di rilievo primario quale la libertà personale, che esige un *surplus* di garanzie. Garanzie, a loro volta, così compendiabili.

2. Quasi di rito, la citazione di S. Danziger, J. Levav, L. Avnaim-Pesso, 2011, 6889-92.

3. Cfr. <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

4. La cui *summa* è G. Zaccaria, 2012.

5. La più rilevante è G. Fiandaca, 2002, 33-64.

6. M. Vogliotti, 2015, 131-81, cui rinvio anche per ciò che concerne la bibliografia.

Da una parte, militano le ragioni sostanziali sottese alla riserva di legge che, meglio di altri strumenti, esprime (in astratto) il concetto di democrazia, tradizionalmente intesa dal penalista come rappresentativa, ma alla peggio ri-modulabile in senso «procedurale»⁷. E non c'è dubbio che (sempre in astratto) tale vantaggio permanga in un ordinamento, come il nostro, in cui il decisore *competitor* del Parlamento è un ordine giudiziario sprovvisto di rappresentatività, per un verso, e destinato istituzionalmente a intervenire a giochi fatti (dopo cioè che il reato è stato commesso), per altro verso.

Dall'altra (ma correlata) parte, si pone il problema della «prevedibilità» del diritto che trova la sua naturale canalizzazione nella «tassatività» della fattispecie, quale categoria funzionale alla conoscibilità del precetto penale. La tassatività – si ritiene – sarebbe contraddetta dall'idea che il diritto si faccia (crei se stesso) nell'applicazione e quindi *ex post*, piuttosto che nella posizione del diritto, vale a dire *ex ante*.

Premesso che entrambe le istanze trovano sponda nella nostra Costituzione (in forma espressa la riserva di legge, implicita la prevedibilità), passiamo alle repliche.

Che il «dover essere» del diritto penale sia costellato di garanzie aggiuntive rispetto alle altre branche giuridiche è per tutti fuori discussione (come ricordato, lo impone la speciale afflittività delle sue conseguenze). Parimenti pacifico è che, se fosse percorribile la strada della normazione penale soltanto attraverso legge, tale strada andrebbe eletta. Purtroppo non lo è.

Inutile soffermarsi sulle ragioni che hanno determinato la crisi della riserva di legge.

Ammesso e non concesso che il Parlamento possa davvero incarnare, nell'attuale contesto storico (e cioè sul piano dell'essere), anche solo l'aspirazione a un ideale di democrazia rappresentativa, resterebbe il fatto che il Parlamento «parla attraverso disposizioni». E che è tecnicamente difficile costruire un enunciato linguistico (di quelli prototipici, del tipo codicistico, su cui *infra*) impenetrabile – nel presente come per il futuro – a valutazioni soggettive di matrice e a contenuto assiologici. Sviluppare il discorso in questa sede sarebbe superfluo, oltre che ambizioso in rapporto alle capacità argomentative del giurista positivo. Mi limito quindi a precisare, giacché siamo in tema, che l'allarme suscitato nella dottrina dominante⁸ dai penalisti che simpatizzano per l'ermeneutica (di seguito, li chiamerò, per brevità, «penalisti ermeneutici») sconta probabilmente alcune in(pre?)comprensioni.

Non può cioè escludersi che sia stato sovra-stimato l'impatto dell'ermeneutica sul sistema, temendo che potesse condurre a relativismo e soggettivismo spinti, incompatibili con l'ideale di certezza che *deve* illuminare il percorso del penalista.

7. J. Waldron (1999), trad. it. 2001.

8. Rinvio ancora al quadro tracciato in M. Vogliotti, 2015, 139-41

Sul punto, potrei limitarmi a replicare che le derive scettiche nel diritto penale non sarebbero addebitabili alla penetrazione del discorso ermeneutico, poiché – almeno in questo settore – tale discorso si è mosso su un piano essenzialmente descrittivo e non prescrittivo⁹. Precisando, casomai, che il penalista è per cultura e quindi *forma mentis* molto legato ai «fatti», sicché mai negherebbe l'esistenza di una realtà esterna all'interpretazione¹⁰.

Aggiungo invece che, col rivendicare i propri pregi in termini di mitezza, invito al dialogo, capacità di auto-emenda, monito etico ecc., e assumendo (salvo quanto specificherò nel § 7) che l'interpretazione si formi all'interno di una comunità qualificata di interpreti e dunque nella cornice di tradizioni condivise¹¹, l'ermeneutica penalistica suggerisce accorgimenti volti a rinforzare l'argomentazione; accorgimenti che quindi giovano alla controllabilità della decisione giudiziaria. Sicché l'approccio ermeneutico, lungi dal produrlo o accrescerlo, dovrebbe ridurre il tasso di relativismo che tante volte sopravvive all'interpretazione letterale.

Non mi soffermo su questi concetti, noti e condivisi, almeno in questa sede. Introduco invece una precisazione, che però conduce sempre alla stessa conclusione.

Il professor Zaccaria ha avvisato che «commetteremmo [...] un grave errore se concepissimo l'ermeneutica come un insieme di tesi sostanziali, in grado di offrirci soluzioni, più o meno definitive, e non come un modo filosofico di accostamento ad una serie di problemi»¹², aggiungendo tuttavia che «l'ermeneutica nella sua parte più viva rimane ancora oggi degna di grande interesse se considerata come una proposta di metodo dai confini flessibili»¹³. Successivamente ha precisato che l'ermeneutica «esprime programmaticamente l'approccio pratico di un'arte che si sviluppa all'interno dei processi interpretativi e si edifica, rispettando le regole del bene agire, in base alle caratteristiche dei soggetti interpretanti e dell'oggetto da interpretare»¹⁴.

Ebbene, la precisazione cui alludevo è la seguente: *l'ermeneutica penale è – se mi si consente – un po' meno ermeneutica dell'ermeneutica giuridica in generale*.

9. Parla di «pretesa di normatività, ma solo indiretta» G. Zaccaria, 1990, 118. Sul punto, si veda tuttavia *infra* nel testo.

10. Egli si pone «nell'ambito di convergenza tra approccio ermeneutico e nuovo realismo». Così, D. Pulitanò, 2015b, 46. Sia consentito rinviare anche a O. Di Giovine, 2014, 539-59.

11. «L'indubitabile creatività dell'interprete opera all'interno di una struttura linguistica e di una tradizione preesistente che circoscrivono i limiti della sua opera innovativa». G. Zaccaria, 2015, 122.

12. G. Zaccaria, 2012, Introduzione, VII.

13. Ivi, VIII.

14. Ivi, 121.

Il penalista ermeneutico non è interessato a una «teoria della prassi»¹⁵. Si accontenta di stimolare una riflessione sulle condizioni non necessariamente giuridiche, o su quelle “pre-giuridiche”, del diritto¹⁶, richiamando l’attenzione su dati che si potrebbero ormai ritenere addirittura scontati, del tipo: i confini delle fattispecie astratte esistono ma sono variabili; tali confini non possono essere fissati dal legislatore una volta e per tutte ma sono contesto-dipendenti e derivano dall’interazione del testo con il fatto; l’interpretazione tanto dell’uno quanto dell’altro è fatalmente condizionata da *frames*; se possibile, l’interprete deve riconoscere e denunciare il suo pregiudizio, così da consentire la più rigorosa verifica dialogica e cooperativa delle ipotesi; per ragioni speculari, deve guardarsi dalle insidie del dogmatismo e usare il dubbio quale strumento euristico.

Inoltre, a differenza di quanto accade nelle altre branche del diritto, il penalista ermeneutico ha additato un modo di analisi integrativo, aggiuntivo rispetto a quello giuslegalistico tradizionale (con pretese analitiche), che intende dunque soccorrere in aiuto di una interpretazione letterale da sola spesso improduttiva: non sostituirla, come anche testimoniato dalle prese di posizione, alcune celebri¹⁷, a difesa del divieto di analogia in materia penale.

Il penalista continentale (ermeneutico o meno) è e resta infatti (per formazione ma pure) per Costituzione – con la C maiuscola – necessariamente positivista e non potrebbe quindi prescindere dal testo legislativo i cui confini semantici reputa comunque invalicabili. La differenza tra lui e il penalista «tradizionale» consiste nel fatto di considerare tali confini mutevoli, contesto-dipendenti e come tali suscettibili di essere definiti nel momento applicativo.

Probabilmente, peraltro, sono proprio l’approccio meramente descrittivo usato dai penalisti ermeneutici¹⁸ e il fatto di riconoscere un ruolo concorrenziale alla giurisprudenza nella formazione del diritto a indisporre la dottrina maggioritaria¹⁹. Quasi che la rinuncia all’approccio prescrittivo significhi giustificare qualunque interpretazione, anche errata (laddove invece l’ermeneutica non porta affatto a questo esito: tutt’altro). E quasi che, negando che il Parlamento sia Sovrano assoluto della realtà giuridica, si finisca con l’indirettamente ostacolare pure l’aspirazione della dottrina medesima ad impersonar-

15. La locuzione è usata da J. Esser (1972), trad. it. 1983 nell’esordio della Premessa e *passim*.

16. Parafraso ancora G. Zaccaria, 2012, Introduzione, VII, a proposito della filosofia ermeneutica come «riflessione sulle condizioni non epistemologiche dell’epistemologia».

17. Cfr. «l’ammissione di colpa» nella Postfazione alla II edizione di A. Kaufmann, 1982, 89 (cfr. anche 21) e la difesa del divieto di analogia di W. Hassemer, 1968, 237-43 (in part., 242). Sul tema, si rinvia inoltre agli scritti raccolti in G. Carlizzi, V. Omaggio, 2016, 159-218. In Italia, per una difesa del divieto di analogia, sia consentito richiamare O. Di Giovine, 2006, 275 s.

18. Questo è un punto spesso sottolineato da M. Donini, per esempio in M. Donini, 2018a, 81 s.

19. Per una recente critica a tale atteggiamento, A. Massaro, 2020, 11-4.

ne il ruolo di Consigliere (aspirazione ancor oggi, sebbene sempre più raramente, rivendicata contro ogni evidenza contraria).

Verrebbe da concludere che, se l'ermeneutica non ha lasciato una grande eredità al diritto penale (che continua ad opporvi una sostanziale chiusura), per converso, il diritto penale sembra intenzionato a donarsi come lascito di studio all'ermeneutica: nella misura in cui persista nel sottovalutare le concrete dinamiche del gioco interpretativo, si offre alla sua analisi quale terreno elettivo per l'esemplificazione, la concretizzazione e quindi la ri-attualizzazione dei suoi *topoi*: primi tra questi, l'inconsapevolezza dei meccanismi di precomprensione.

Tanta ironia sarebbe però ingenerosa, perché le cose non stanno, soltanto, in questi termini.

Come vedremo nelle due parti che seguono, quantomeno in alcuni ambiti, si sono manifestate tendenze dottrinali e giurisprudenziali a scavalcare addirittura (mis-interpretandoli) gli insegnamenti dell'ermeneutica; in altri settori, il suo metodo rischia di rivelarsi inutilizzabile o inutile, per difetto di "oggetto", e cioè per la recessione del testo rispetto al fatto.

2. PARTE II. PRINCIPI E DIRITTO PENALE

2.1. *La stagione del costituzionalismo penale interno*

Un punto di orgoglio dell'ermeneutica sta nella riflessione su contenuto, ruolo e funzionamento dei principi nonché – di conseguenza – sui rapporti tra diritto e valori e, quindi, tra diritto e morale.

Ebbene, tale riflessione rappresenta per il penalista una conquista recente. Tenterò di spiegare perché il discorso sui principi per lungo tempo non ha scalfito l'illusoria cultura positivista delle regole, passando inosservato a letteratura e giurisprudenza dominanti, e perché, a un certo punto, vi ha fatto irruzione ma è stato – almeno all'inizio – travisato.

Premesso che lo studio dei principi è tipico delle stagioni costituzionaliste, si sarebbe infatti legittimati a pensare che nel diritto penale tale studio si fosse avviato già negli anni Settanta, quando il costituzionalismo diede la stura a un robusto movimento di pensiero che prese le mosse dal noto testo di Bricola²⁰, per trovare, come dirò, epigoni legislativi anche recenti.

Vero ciò, in quella fase la letteratura si dedicò tuttavia in assoluta prevalenza ai principi strettamente penalistici (riserva di legge, tassatività, successione di leggi nel tempo, colpevolezza, obbligatorietà dell'azione penale ecc.) che, per di più, l'illusione giuspositivista ha reso nel tempo «prepotenti»: *trump*-principi, «briscole» che – almeno nella prospettiva dottrinale – avrebbero

20. F. Bricola, 1973, 7-93. Critico G. Fiandaca, 1985, 139-76.

dovuto vincere sempre su quelli antagonisti, attivando un meccanismo di esclusione²¹.

Niente di più lontano, dunque, dalla (dia-)logica del bilanciamento, basata su argomenti e mediazione.

Più esplicitamente, per lungo tempo non abbiamo approfondito il modo in cui i principi non penalistici potessero bilanciarsi con quelli penalistici, semplicemente perché ritenevamo tale bilanciamento nemmeno ipotizzabile, assumendo aprioristicamente la soccombenza dei primi al cospetto dei secondi.

Peraltro, si noti che, sebbene totalizzanti e simili nella struttura a «regole», nel diritto penale principi squisitamente penalistici non hanno operato come tali (come regole). Non potendo assurgere a premesse di ragionamenti deduttivi, andavano replicati in piccoli *avatar* legislativi-regole, i soli suscettibili di essere applicati (e, approssimativamente, vedremo che è ancora così). Molto semplificando, il «principio di colpevolezza» non cala nel processo penale dall'alto dell'art. 27 Cost., ma deve essere filtrato attraverso un'apposita disciplina legislativa (questa, applicabile nel giudizio) del dolo e della colpa (art. 43 c.p.), dell'errore di fatto (art. 47 c.p.), della scusabilità dell'errore di diritto (art. 5 c.p.), delle scusanti (come l'art. 384 c.p.) o dell'imputabilità (artt. 85 ss. c.p.). Il principio di offensività, quando non è veicolato dalla fattispecie sul reato impossibile (art. 49, cpv. c.p.), condiziona l'interpretazione di fattispecie costruite in chiave di pericolo, ma non trova diretta applicazione nelle sentenze. E così via.

Degli altri principi della nostra Costituzione, quelli non strettamente penalistici, consideravamo poi al massimo le caratteristiche. Ne rilevavamo talvolta l'indeterminatezza semantica, la dimensione assiologica (per lo più in termini di «eccedenza»²²) e il senso proteiforme.

Non abbiamo mai approfondito il modo in cui potessero trasformarsi in regole sempre a causa della già evocata interposizione della riserva costituzionale di legge, che rendeva tale indagine non pertinente e quindi superflua. Banalmente, se ritenevamo che non si potessero applicare direttamente i principi penalistici, questa conclusione valeva *a fortiori* per i principi non penalistici di cui anche si richiedeva la previa incorporazione in leggi penali.

Sappiamo tutti che la Costituzione, che alla sua nascita parlava al legislatore, fu dalla Consulta messa subito in contatto con i giudici: non però con quelli penali. Quantomeno, non fu messa in *stretto* contatto con essi: se infatti i principi sono diventati presto regole per esempio nel diritto civile, altrettanto non è potuto accadere nella branca penale, dove – come ribadirò anche di

21. Lo dimostra il fatto che taluno si è spinto ad invocare l'attivazione di «controlimiti» sin dalle prime fasi del delicato esercizio di cooperazione tra Consulta e Corte di Lussemburgo. C. Cupelli, 2013, 339-60. Sul tema, per tutti, A. Bernardi, 2017.

22. Secondo la nota formula di E. Betti, 1955, 850.

seguito – la «distinzione forte»²³ tra i due (principi e regole) rivendica ancora le sue ragioni, quantomeno sotto il profilo del modo in cui operano.

Per intenderci, nel diritto penale non erano (non sono) immaginabili sentenze come quella, spesso citata dalla dottrina privatistica (e non solo)²⁴, con cui la Cassazione civile ha stabilito che, anche in mancanza di una disposizione legislativa, in base a un'interpretazione costituzionalmente conforme l'ordinamento conferisce al figlio adottato il diritto di interpellare la madre che a suo tempo aveva scelto il parto anonimo²⁵. A pronunce di questo tipo non si opponevano (oppongono) soltanto i citati «problem» d'indeterminatezza semantica e di significato proteiforme dei principi, ma anche questioni procedurali, relative alle già ricordate regole costituzionali interne del gioco penalistico (riserva di legge in testa). Nelle poche ipotesi in cui a uno sguardo inesperto potrebbe apparire il contrario, ad essere applicate – oltretutto entro limiti circoscritti – sono, in realtà, pur sempre le regole contenute in disposizioni codicistiche, come quelle che descrivono le cause di giustificazione e, in particolare, l'art. 51 c.p. (esercizio del diritto/adempimento del dovere) cui è, come noto, affidata la funzione di «cerniera» tra il diritto penale e altri settori del diritto: primo tra questi, quello costituzionale (e i suoi principi)²⁶.

In conclusione, i principi, nella gran parte dei casi, restavano (e – come diremo – ancora restano) sullo sfondo dell'interpretazione delle fattispecie legislative penali, concorrendo soltanto a quella che veniva tradizionalmente definita l'interpretazione «teleologica» delle stesse. Quando penetravano (penetrano) nel diritto penale, lo hanno fatto per via indiretta, e cioè attraverso disposizioni (regole) di fonte legislativa primaria e di fattura squisitamente penalistica, suscettibili di incanalarsi entro condotti ben precisi: perché così era (è) richiesto dalla riserva di legge.

Mutando l'angolo di osservazione, la naturale vocazione positivista della disciplina penale ha poi ovviamente sortito riflessi anche sulla teorizzazione dei rapporti tra diritto e morale. La dottrina italiana ha sempre negato e conti-

23. Parla di «distinzione forte» in contrapposizione a quella «debole» G. Pino, 2001, 52-7, il quale propende per la seconda e ritiene che tra le regole e i principi esista solo una differenza di «grado» (cfr. anche G. Pino, 2006, 39) e che la qualificazione di una disposizione nell'uno o nell'altro senso dipenda, più ancora che dal tasso di precisione nella formulazione del testo, dalla scelta dell'interprete (G. Pino, 2019, 32 s.).

24. Nella dottrina civilista, per tutti, N. Lipari, 2019, 47. Nella dottrina costituzionalista, cfr. G. Laneve, 2018, 434.

25. Cass. SS.UU. civ. n. 1946/2017.

26. Soltanto per citare casi noti, si pensi all'assoluzione del dott. Riccio, il medico-anestesista che provocò la morte di Piergiorgio Welby, in sent. Trib. Roma, 17 ottobre 2007, n. 20499, in cui il comma 2 dell'art. 32 Cost. venne appunto indirettamente veicolato dall'art. 51 c.p. Ma si consideri anche Cass. pen., III, 16.1.2020 (dep. 20.2. 2020), n. 6626, ric. Rackete, dove, sempre per il tramite di tale disposizione, si è dato ingresso ad alcuni principi del diritto interazionale.

nua a negare, su questo pressoché compatta, l'esistenza di nessi tra diritto e morale. Anche quando, nel professare l'aspirazione ad un diritto penale del tutto laico, pretendeva di derivarne i valori (e cioè beni giuridici oggetto di tutela) dalla «sola» Costituzione²⁷, trascurava di considerare che il suo testo (il testo della Costituzione) va a sua volta interpretato e che in quella cornice devono per forza trovare spazio valutazioni etiche, oltre che politiche (i pochissimi autori che hanno mostrato apertura andrebbero qualificati, al più, come «giuspositivisti inclusivi», poiché teorizzano la connessione tra diritto penale e morale come occasionale, mai giustificativa²⁸). È probabile che in tal senso abbia operato quello che taluno chiama il pre-giudizio giuspositivista di Re Mida²⁹ – in questo caso, un Re Mida costituzionale. Deve essersi cioè pensato che i principi etici fossero stati tramutati in giuridici (autoreferenziali e precisamente definiti) per il sol fatto di essere stati scritti nella legge costituzionale. Laddove, ovviamente, così non può essere.

Va poi da sé come l'assunto secondo cui la morale resterebbe irrilevante per il diritto penale abbia implicato che il penalista non si interessasse alla meta-etica (si ha anzi la sensazione che la letteratura parli di «morale» ma critichi piuttosto il «moralismo»)³⁰ né si chiedesse, per esempio, se fosse più coerente con finalità e struttura del diritto penale una teoria cognitivista o non cognitivista o, ancora, a quale tra le numerose offerte del paniere filosofico sull'etica³¹ fosse necessario/preferibile ispirare i momenti della posizione e dell'applicazione del diritto³².

Infine – ma si tratta di mera conseguenza – va riconosciuto che noi penalisti amiamo affermare che i beni giuridici (concetto indispensabile al diritto penale, per quanto oscuro) vanno derivati dalla Costituzione; poi però spesso cadiamo nell'errore di identificare il contenuto dei principi costituzionali con quelli che noi stessi reputiamo siano beni giuridici meritevoli di tutela sulla base di convincimenti personali o di gruppo (non per questo necessariamente razionali). E, anche quando cerchiamo conferme nella Consulta, facciamo

27. Alludo alla già richiamata stagione della riflessione penalistica che prese l'avvio dalla fondamentale opera di F. Bricola, 1973.

28. D. Pulitanò, 2015a, 32.

29. M. Barberis, 2012, 28.

30. Nella giusfilosofia, D. Canale, 2017.

31. Sto parafrasando S. Veca, 2005.

32. Generalmente, si dà per scontata la primazia dell'etica kantiana, in effetti coerente con la vocazione personalistica della nostra Costituzione e in genere con la sensibilità culturale dell'Occidente. Salvo poi incorrere – in situazioni limite – in alcune aporie. Mutuando un esempio dalla recente attualità, pensiamo alla pandemia di coronavirus e alle «scelte tragiche» operate dai medici a fronte dell'insufficienza di strutture e presidi. Viene naturale respingere l'idea che si possa sacrificare il paziente nelle condizioni cliniche più compromesse a favore di quello con maggiori aspettative di vita. È però anche difficile soffocare la domanda: quale alternativa? Quale sarebbe la scelta «giusta»?

cherry-picking, agevolati dal fatto che la sua giurisprudenza è meno compatta di quanto la stessa dichiari.

Riassumendo, nella prassi del diritto penale, i principi (non strettamente penalistici) della Costituzione italiana hanno giocato per lungo tempo un ruolo, oltretutto abbastanza modesto, nel solo momento interpretativo delle fattispecie incriminatrici, conformandone la fisionomia nei casi dubbi, o – più di rado – riempiendo/completando il contenuto delle scriminanti. Il penalista era abituato a gestire soltanto questo genere di rapporto tra legge e Costituzione. Non avendone avvertito il bisogno teorico e tantomeno pratico, non aveva avviato una riflessione specifica sul loro *modus operandi*. Poi è accaduto qualcosa.

2.2. La stagione del costituzionalismo penale europeo.

Fase 1: la giurisprudenza come fonte formale del diritto penale

Questo qualcosa è stato l'avvento, nel diritto penale, del costituzionalismo europeo, assai diverso da quello interno e a partire dal quale, soltanto, può datarsi l'avvio della riflessione dottrinale e giurisprudenziale penali sulla «pratica dei principi»³³. In particolare, volendo fissare una data convenzionale, si potrebbe fare riferimento alle sentenze gemelle del 2007 (nn. 348 e 389) con cui la Corte costituzionale sancì *claris verbis* il rilievo costituzionale (sebbene interposto, per il tramite dell'art. 117 Cost.) della Carta europea dei diritti dell'uomo.

Fino ad allora, il costituzionalismo europeo era parso di fattura e contenuti simili a quello nazionale. Il richiamo alla Cedu fungeva da orpello retorico; nella migliore delle ipotesi, da argomento *ad adiuvandum*; comunque, non spingeva mai l'interprete oltre i confini della nota e rassicurante interpretazione convenzionalmente conforme. Così, posto che la portata delle sentenze gemelle, le quali vertevano su materia non penale, non venne colta immediatamente, quando ciò accadde, la nostra disciplina si trovò *a corto di teoria*. E poiché ci fu spiegato che la Cedu vive nell'interpretazione che ne danno i suoi giudici, al nostro occhio inesperto, parve che la Corte costituzionale avesse sancito, consacrando, il rilievo costitutivo formale della giurisprudenza Edu e – come preciserò – della giurisprudenza tutta.

Del rilievo costitutivo della giurisprudenza si cominciò cioè a parlare non nel significato ermeneutico³⁴, bensì in un senso «forte».

Forse perché un po' tardiva; forse perché assecondata da un pregiudizio favorevole alla Corte di Strasburgo (la cui giurisprudenza apparve all'avanguardia, soprattutto se confrontata a quella, conservatrice, della nostra Corte

33. J. L. Coleman (2001), trad. it. 2006.

34. Magistralmente espresso da G. Zaccaria, 2012, 4-28.

costituzionale)³⁵, la «scoperta» delle sentenze gemelle produsse effetti dirompenti nel diritto penale e una «mutazione» tutt'altro che silente. Così, anche sulla spinta di qualche illusione, in un batter di ciglio, si passò dal negare ogni fisiologico contributo creativo della giurisprudenza alla formazione del diritto, al teorizzare nelle pronunce Cedu una vera e propria fonte *formale* del diritto interno. Una fonte dotata oltretutto di un rilievo (*sub-*, ma pur sempre) costituzionale e quindi preordinata alla legge e su questa prevalente secondo la gerarchia tradizionale, mai messa in discussione dalla dottrina penalistica (la differenza tra fonte formale e sostanziale, diversamente che in altre branche, non è revocabile in dubbio nemmeno dal penalista ermeneutico).

Con parole ancora diverse, la natura costitutiva della giurisprudenza balzò con un salto dal piano della descrizione, dove peraltro veniva ancora contestata, a quello normativo³⁶. E, sebbene non generale, tale tesi, brillantemente argomentata da una dottrina autorevole³⁷, influenzò una parte della magistratura³⁸.

Le singole sentenze della Corte Edu furono «applicate» *omisso medio* dai giudici di merito³⁹, oltre che (ovviamente) nel caso da cui era originato il

35. Tale pregiudizio favorevole era ben espresso nella posizione di F. Viganò, per esempio, 2014 e 2017. In effetti, giudici di Strasburgo sembravano inizialmente impegnati in una corsa irrefrenabile verso l'attuazione e l'implementazione di tutti i diritti fondamentali e il loro attivismo parve in grado di supplire al conservatorismo penale di una Corte costituzionale percepita come «reazionaria».

36. «La creatività del giudice è [...] qualcosa di essenzialmente diverso dalla creazione di diritto di natura legislativa: essa non possiede un carattere originario e sovrano, ma soltanto derivato, ovvero essa risulta strutturalmente vincolata dal compito istituzionalmente affidato all'interprete di applicare e realizzare, nel caso singolo, un dettato normativo formulato da altri. Da questo punto di vista, il prodotto dei giudizi delle Corti non consiste in norme generali, ma in norme *individuali*, nel senso che la loro forza si esplica in linea di massima solo nell'ambito del caso controverso». G. Zaccaria, 2012, 158.

37. Ancora F. Viganò, a partire da F. Viganò, 2012.

38. Cito la saga dei «fratelli minori di Scoppola», che originò da un ricorso Cedu vinto dal signor Scoppola contro l'Italia (sentenza Cedu 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia) relativamente all'applicazione della reclusione per trent'anni, in luogo dell'originario ergastolo, a seguito della modifica legislativa del regime del giudizio abbreviato. Le numerose tappe di questa complessa vicenda non sono nemmeno riassumibili in questa sede, ma il lettore che lo desidera potrà reperirne ampia documentazione nell'archivio della rivista *penalecontemporaneo.it*. Tale saga è emblematica ma non esaustiva: solo per citarne un'altra, si pensi a quella generata da sent. Cedu, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia, anch'essa largamente discussa nella medesima rivista.

39. E non solo. Per la tesi della disapplicazione della legge interna a favore del diritto giurisprudenziale Cedu optò anche la Corte di Cassazione, quantomeno in Cass., I, 10.1.2012 (dep. 26.6.2012), n. 25227, in CED rv 253093. Ad un certo punto, venne addirittura rimessa alle sezioni unite la questione se fosse possibile applicare direttamente il *decisum* Scoppola (ne riferisce G. Romeo, 2012). Le SS.UU. tuttavia non si espressero, e preferirono sollevare questione di legittimità costituzionale (ord. 19 aprile 2012 n. 34472) delle disposizioni legislative interessate. La questione fu accolta dalla Corte costituzionale, che approfittò dell'occasione per difendere il suo

processo, in casi identici e addirittura simili, con preferenza sulla legge interna, interdiciendone l'applicazione in caso di contrasto.

Fiori così un sindacato diffuso di costituzionalità, che andava ben oltre l'interpretazione convenzionalmente conforme. Un sindacato: inedito; di dubbia legittimità, in quanto sovversivo delle regole del gioco istituzionale (d'altronde, con le sentenze gemelle la Corte costituzionale intendeva accentrare il controllo di costituzionalità su di sé, rivendicando il suo ruolo «esclusivo»); rischioso, perché gli orientamenti inizialmente abbastanza stabili della Corte Edu si sarebbero potuti sgretolare con l'impennarsi della curva del suo contenzioso⁴⁰.

La riscrittura del sistema delle fonti non risparmiò il diritto (meramente) interno (non interessato in via immediata dalle interferenze con i principi Cedu).

Visto che il «sub-costituzionalizzato» *nulla poena sine lege* dell'art. 7 Cedu si disinteressa della riserva di legge e punta alla mera prevedibilità dell'esito giudiziario, la Corte di Cassazione a SS.UU. talvolta ne fece un uso *in bonam partem*, ammettendo la revisione del giudizio anche quando la novazione fosse non legislativa, come previsto dall'art. 630 c.p.p., ma giurisprudenziale; equiparò cioè il mutamento giurisprudenziale ad una legge sopravvenuta⁴¹.

Altre volte, ne fece un uso (strumentale-opportunistico) in *malam partem*: per esempio, sancì la configurabilità del tentativo di rapina impropria nei casi in cui la violenza fosse stata realizzata *prima* della sottrazione della cosa mobile e così avallò una lettura *contra legem* della disposizione in oggetto (art. 628, cpv. c.p.), adducendo un diritto vivente che in realtà non esisteva (la parte ricostruttiva della pronuncia dava contraddittoriamente atto del contrasto giurisprudenziale e del fatto che le SS.UU. erano state chiamate a risolverlo)⁴².

Oltre ad evidenziare tali cedimenti, intendo sottolineare come questo piccolo terremoto abbia stimolato, in dottrina e in giurisprudenza, uno strano impulso all'esegesi delle sentenze (tutte). I vecchi schemi formali dell'interpretazione letterale dal testo legislativo sembrarono trasposti per essere usati «pari pari» nell'interpretazione del testo delle pronunce giudiziarie, a paradossale testimonianza del resistente condizionamento culturale del penalista, che continua ad agire e a pensare come gius-legalista (e a professarsi tale) anche mentre riconosce, teorizza e finanche prescrive il ruolo creativo della giurisprudenza.

sindacato accentrato di costituzionalità (Corte cost. n. 210/2013, su cui il commento parzialmente critico di F. Viganò, E. Lamarque, 2014).

40. *Amplius*, O. Di Giovine, 2016, 145-88.

41. Cass. SS.UU., 21.1.2010, dep. 13.5.2010, n. 18288.

42. Cass. SS.UU., 19.4.2012, dep. 12.9.2012, n. 34952.

Riepilogando, l'impatto della Cedu sulla legge penale è stato frontale e viepiù destabilizzante perché ha trovato la penalistica impreparata.

L'apertura al sistema europeo si era dappprincipio manifestata sotto forma (oltre che di interpretazione convenzionalmente conforme) di «applicazione» di principi che si pretendevano ipostatizzati in sentenze e da queste magicamente trasformati in «regole» suscettibili di riempire la premessa maggiore dell'inossidabile sillogismo penale⁴³: regole applicabili con preferenza su – e al posto de – la legge interna contrastante.

Dalla giurisprudenza che «scopre» alla giurisprudenza che «inventa» il diritto e che tante volte lo inventava non nel senso tecnico di *inventio* o *Rechtsfindung*, ma in quello comune, più prosaico.

2.3. (segue) Fase 2: il ritorno alla normalità

Ho usato il verbo al tempo imperfetto perché il fenomeno non è stato generale e, a onor del vero, nemmeno è durato a lungo, la Corte costituzionale ed anche dalla Suprema Corte di Cassazione, avendo presto ridimensionato la portata delle sentenze Cedu nell'ordinamento interno⁴⁴.

Quanto ai i passaggi più significativi della giurisprudenza costituzionale, la Corte cost.: nel 2013 (sent. n. 210), rivendicò il suo sindacato accentrato, escludendo che i giudici potessero disapplicare la legge interna in caso di contrasto con il diritto Cedu⁴⁵; nel 2015 (sent. n. 49), precisò – in tema di confisca – che le sentenze Cedu possono rilevare solo in fase interpretativa e che, oltretutto, per assurgere a diritto Cedu, devono esprimere un orientamento consolidato (un diritto vivente, secondo la nota formula della nostra Corte costituzionale); nel 2019 (sent. n. 25), pur accogliendo la questione di illegittimità inerente ad alcune misure di prevenzione personale, ha ribadito che non si dà automatismo tra l'accoglimento di un ricorso in sede Cedu e l'illegittimità costituzionale di una disposizione interna, dovendo la Consulta stessa procedere a doverosi bilanciamenti⁴⁶.

43. Così, anche A. Tesauro, 2019, II, 151.

44. In dottrina, mi limito a segnalare l'indagine di A. Tesauro, 2019, I e II. Cfr. anche O. Di Giovine, 2016.

45. Sulla "materia Scoppola". Cfr. note 38 e 39.

46. Il riconquistato centralismo della Corte costituzionale, oltre ad assicurare una (maggiore) uniformità di disciplina, attenuando i rischi di discrezionalità e di applicazione della giurisprudenza Cedu «a macchia di leopardo» sul territorio interno, potrebbe incentivare il famigerato dialogo tra Corti, di cui si parla spesso in toni scettici. Dato il rispetto di un *griceano* principio di cooperazione, la Consulta sarebbe nelle condizioni di perseverare nell'impresa (già iniziata) di destrutturare il linguaggio giuridico interno, rendendolo universale e come tale più fruibile (ricorrendo a parole come «razionalità», «proporzione», «conoscibilità»). Vi farebbe ovviamente *pendant* un apparato concettuale anch'esso svincolato dalle specificità nazionali e a minor gradiente di normatività.

Quanto invece alla giurisprudenza di legittimità, basti ricordare che furono proprio le Sezioni Unite della Corte Cassazione a sollecitare l'intervento della Corte costituzionale (che si esprime nell'appena citata sentenza 210/2013) in relazione alla «saga» dei fratelli di Scoppola⁴⁷. E che sempre la Corte di Cassazione ha recentemente riportato nei giusti ranghi il rilievo delle pronunce Cedu, precisando che la sentenza Contrada (che aveva escluso la prevedibilità della condanna di questi per concorso esterno in associazione mafiosa) non trova applicazione al di fuori del caso concreto⁴⁸.

Se dunque è ormai chiaro che le sentenze Cedu non sono fonti formali del diritto penale, d'altro canto, l'infittirsi del confronto con la giurisprudenza europea e la riflessione sull'impatto che essa ha/può avere sul sistema interno, dovrebbero aver allentato la contrarietà della dottrina rispetto all'ermeneutica. Dovrebbero aver veicolato la consapevolezza che, anche nella nostra branca – e per parafrasare le note metafore –, il circolo/spirale interpretativo tocca, oltre al fatto e al diritto-legge, il diritto-giurisprudenza (europea ma anche interna), prima di concretizzarsi in una decisione che, a sua volta, può dare la stura ad un altro giro interpretativo (e così via, potenzialmente all'infinito). In ultima analisi, dovrebbero aver messo in luce l'importanza – in un senso appunto precipuamente ermeneutico⁴⁹ – dei precedenti come luogo in cui vengono disoscurate, eventualmente rimodulate e continuamente attualizzate (non già «immortalate», una e per tutte) le istanze assiologiche dei principi.

Specularmente, si è compreso che questi (i principi) vanno bilanciati e quindi «temperati nella loro assolutezza» perché «l'affermazione prevalente dell'uno non comporta mai la completa cancellazione dell'altro»⁵⁰. Non soltanto peraltro, al variare del caso può cambiare la preferenza che a un principio o all'altro assegna l'interprete. Di più, la stessa fisionomia dei principi si adatta e può quindi evolvere in relazione ai casi concreti: la pretesa di farla seccamente coincidere con il testo (o addirittura con una parte del testo) delle sentenze Cedu non è quindi (più) sostenibile.

Dalla fase d'iniziale disorientamento sta insomma nascendo un ripensamento critico delle coordinate teoriche tradizionali in una direzione pragmatica e quindi (sostanzialmente) ermeneutica. Speriamo però che non sia tardi.

2.4. *Esiste ancora una comunità di interpreti?*

Se l'attuale legalità è conformata, più che dalla riserva di legge, da quella che noi

47. Cfr. note 35 e 36.

48. Cass. SS.UU., 24.10.2019, dep. 3.3.2020, n. 8544, in *Sistema penale*, 11 marzo 2020, con commento di S. Bernardi. La sentenza Cedu è citata nella nota 35.

49. Il senso, cioè, illustrato da B. Pastore, 2016, 61-75.

50. G. Zaccaria, 2018, 774.

chiamiamo «tassatività» e la Corte Edu «prevedibilità dell'esito giudiziario», il problema diventa fissare le condizioni alle quali possa parlarsi di diritto vivente e, più nello specifico, di «precedente» giurisprudenziale. L'attenzione penalistica si sposta dal piano dei requisiti che la legge deve avere per essere sufficientemente precisa e determinata al piano della stabilizzazione della giurisprudenza (europea e interna). Il tema del *rispetto delle sentenze da parte delle sentenze* cioè scalzato da quello del *rispetto della legge da parte del giudice*.

In questa sede non sarebbe possibile sviluppare adeguatamente il punto. Noto soltanto che il legislatore ha impresso spintarelle gentili per *indurre* i giudici di legittimità ad omologarsi ai propri precedenti, nell'intento di valorizzare la funzione nomofilattica della Cassazione⁵¹. Altre *accortezze* sono emerse nella prassi (le Corti europee, oltre a ricorrere a «sentenze-pilota», richiamano testualmente ampi stralci, paragrafi interi, di precedenti sentenze; la Cassazione da qualche anno enuncia la precisa massima di diritto ecc.); altre ancora sono suggerite dalla dottrina, che si spende, invero da un po', a favore per esempio dell'analisi per tipologie di casi giurisprudenziali⁵². Né può escludersi che un impulso all'omologazione venga davvero dal ricorso all'Intelligenza Artificiale «evoluta», cioè da sistemi di *machine learning* in grado di dominare la triade «fatto – giurisprudenza – disposizione», desumendo da ciascun corno gli elementi su cui fondare decisioni conformi, quantomeno nei casi facili (e liberare così risorse umane e di tempo da dedicare a quelli difficili)⁵³.

Ciò premesso, se è vero che la teoria del precedente è una consuetudine (che consta di una prassi e del convincimento di dover seguire tale prassi), essa non può comunque essere imposta per legge⁵⁴. Anzi – aggiungiamo noi: non può essere imposta *tout court*, perché al precedente dovrebbe piegarsi spontaneamente la comunità degli interpreti.

Ora, quanto è plausibile che ciò accada?

È ancora realistico ipotizzare quell'«orizzonte di attesa»⁵⁵, quel «comune orizzonte di senso» che, in uno con il buon uso degli strumenti argomentativi, consenta la convergenza su esiti generalmente condivisi e, su queste basi, la costruzione di un diritto nuovo? O forse la comunità degli interpreti si accinge a diventare un'immagine ironica (più ancora che irenica)?

Un ostacolo all'obiettivo di un diritto consuetudinario giudiziale risiede nella sempre più variegata composizione di quella che nemmeno più risponde all'immagine di *una* «comunità di interpreti». Di comunità di interpreti ne

51. Art. 618 *bis* c.p.p., su cui G. Fidelbo, 2018.

52. G. Fiandaca, 2005, 1734-8. Di recente, M. Donini, 2018a, 79-101.

53. Possibilista G. Tuzet, 2020, 1-10; più critico G. Zaccaria, 2020, 277-94 in part. 288-94.

54. M. Barberis, 2015, 101, alle cui argomentazioni rinvio.

55. J. Esser (1972), trad. it. 1983, 19.

esistono molte, moltissime, e non di rado sono pure in disaccordo al loro interno.

Con specifico riferimento poi al contesto sovranazionale, al tema ampiamente arato e di portata generale del pluralismo ideologico e culturale si aggiunge quello delle differenze tra diversi sistemi giuridici, che sono motivo di arricchimento reciproco nel medio-lungo termine, ma fonte di problemi nel breve⁵⁶. L'essenza della «inter-costituzionalità [...] espressa dalla nozione di «tradizioni costituzionali comuni» richiede «un processo di identificazione e quasi di costruzione a partire dai materiali offerti dagli altri ordinamenti e dalle tradizioni giurisprudenziali dei paesi membri»⁵⁷. Tale processo è ovviamente arduo, perché presuppone un atteggiamento sempre cooperativo tra Corti e comunque potrebbe rivelarsi non compatibile con i tempi della risposta giuridica⁵⁸.

Al fondo, il solito problema della complessità: attribuito della realtà, prima ancora che del diritto che quella mira a disciplinare. Complessità crescente ad onta di ogni teoria giuridica, e cioè di ogni sforzo semplificatore del diritto.

In questo contesto è lecito chiedersi quanto spazio residui per l'ermeneutica.

3. PARTE III. FATTI E DIRITTO PENALE

3.1. *La legge penale come short crime drama?*

In alcuni (importanti) ambiti del diritto penale il «metodo» interpretativo ermeneutico non sembra neppure più utilizzabile.

Come abbiamo detto, l'ermeneutica che è riuscita a passare le frontiere penalistiche è un'ermeneutica per così dire «base»: una teoria dell'interpretazione, che si attaglia a fattispecie penali di stampo classico, e cioè a tipi che presentano la struttura di brevissimi romanzi criminali. Seguendo un consolidato stereotipo narrativo, tali fattispecie descrivono la condotta di un cattivo (il soggetto attivo) che fa del male a una vittima (il soggetto passivo) e che per questo viene punito. Esse trovano la loro collocazione tendenzialmente nel codice penale: sede che, in parte per ragioni materiali di spazio, in parte per il timore reverenziale che incute, dovrebbe spingere il legislatore alla sintesi e a un maggior grado di accuratezza nella stesura formale dei testi (auspicio peraltro ampiamente contraddetto da evidenze contrarie, desumibili dalla lettura per esempio degli artt. 589 *bis* e 586 *bis*, rispettivamente in tema di omicidio stradale e di *doping*).

56. Per tutti, C. F. Palazzo, 2016, 77-89.

57. G. Zaccaria, 2012, 194.

58. B. Celano, 2017.

Il modello in discorso è gradito non solo a buona parte della dottrina, ma anche ad aspiranti costituenti e reali legislatori. Una «riserva di codice» si trovava nell'ultimo comma dell'art. 129 del Progetto bicamerale di riforma costituzionale, presentato nel 1996 e mai approvato. Soltanto due anni fa, il legislatore l'ha però introdotta nella sede (meno prestigiosa e soprattutto meno vincolante) del codice penale (art. 3-*bis* c.p.)⁵⁹.

Ora, escludendo che questi legislatori puntassero a idealmente contrastare la «fine delle grandi narrazioni ottocentesche», più banalmente deve presumersi che volessero arginare la dispersione dei precetti in uno spazio giuridico oramai caotico e garantire un più facile accesso materiale del cittadino all'universo penalistico. Non per nulla, nello stesso provvedimento legislativo del 2018 era contenuta una delega al Governo affinché riportasse alla terraferma codicistica le fattispecie penali poste a tutela di beni giuridici costituzionali disseminate nell'arcipelago della legislazione complementare.

Quale effetto collaterale, con la riserva di codice, il legislatore avrebbe voluto vincolare (in senso forte o debole) il futuro se stesso al rispetto del suddetto modello classico di legiferazione penale, che è di tipo binomico, articolato sullo *swich* «vietato/permesso».

Non voglio soffermarmi in facili valutazioni sulla vincolatività/efficacia dello strumento, bensì evidenziare che gli esempi su cui si esercita l'interpretazione in chiave ermeneutica riguardano sempre fattispecie inscrivibili nel paradigma di uno *short crime drama* intriso di assiologia e che, se le fattispecie penali fossero o potessero essere ricondotte, anche solo in maggioranza, a tale paradigma, l'ermeneutica, che di assiologia, si nutre, troverebbe terreno ancora fertile.

Il diritto penale non è però fatto e con ogni probabilità non potrà mai essere fatto soltanto di micro-romanzi criminali codicistici⁶⁰.

Proprio negli ambiti più «sensibili» di disciplina (*privacy*, urbanistica, finanza ecc.) la legislazione complementare ha virato da tempo verso la creazione di c.d. sistemi di tutela – più o meno – integrata: sistemi in cui il diritto penale funge da chiusura sanzionatoria dell'inosservanza di precetti che attingono la loro fonte ad altre branche del diritto – solitamente al diritto amministrativo (talvolta a provvedimenti amministrativi) – e che hanno un contenuto analitico, dettagliato, aridamente tecnico.

A dire il vero, gli stessi aspirante costituente del 1996 e legislatore realizzato del 2018 hanno preso atto della «ineluttabilità» dei sistemi di tutela integrata e introdotto, accanto alla riserva di codice vero e proprio, una riserva di

59. Entrambi gli interventi si sono ispirati alla già citata *Teoria Generale del Reato* di F. Bricola, 1973.

60. Il dibattito non è nuovo. G. Fiandaca, 1994. Più di recente, i contributi in L. Stortoni, G. Insolera, 2018. Sulla novella del 2018: critico M. Papa, 2018; aperture in M. Donini, 2018b.

«testo unico» (prevedendo cioè l'obbligo del legislatore di ricorrere, se non nel codice, a «leggi che disciplinano in modo organico la materia»). Abbassando il tiro, hanno ripiegato sul più modesto obiettivo di evitare la dispersione dei precetti penali nei rivoli di una legislazione oramai torrenziale⁶¹.

A farne le spese è stato il principio di offensività: nelle fattispecie costruite secondo tale tecnica manca una tipicità portatrice autonoma di disvalore e le violazioni, in sé, possiedono un sapore non di rado formale.

Tuttavia, si deve ammettere che tale compressione è stata imposta dalla realtà e cioè dalla complessità delle materie disciplinate, dal loro tecnicismo ed anche dalla necessità di evitare lo scontro tra istanze contrapposte⁶². Quello descritto è infatti l'unico *modus legiferandi* utilizzabile per (provare a) contemperare interessi che non più soddisfacenti mediante una stipulazione legislativa unilaterale (che tenga cioè conto degli interessi di una parte soltanto, sacrificando gli altri), in quanto tale soluzione, in una società non più coesa, avrebbe un sapore intollerabilmente autoritario. Soltanto fissando condizioni, paletti e anticipando quindi l'intervento a colpire (in modo blando) trasgressioni incolore, il legislatore – ammesso che ci riesca – può gestire, possibilmente in un quadro di principi condivisi, le situazioni tipiche delle moderne società democratiche, dove diritti e aspettative si moltiplicano e spingono in direzioni antipodiche.

Ciò significa tuttavia che: tale tecnica legislativa non è più riducibile allo schema binomico di stampo classico; la normazione generale ed astratta, rigurgitante giudizi di valore, si assottiglia a beneficio di una disciplina procedurale; il nuovo *script* (lo puoi fare, ma a condizione che...) ammette solo comportamenti scarnificati e diafani, come tali inidonei a fungere da sceneggiatura per romanzi criminali.

Ci muoviamo quindi su un terreno poco fecondo per l'ermeneutica.

Quando è già la legge a *zoomare* sul fatto o anzi spesso su suoi anche piccolissimi frammenti, la questione «interpretativa» del testo, più che sdrammatizzarsi, nemmeno si pone; evapora quasi del tutto. In rapporto a tali fattispecie, che si esauriscono in illeciti formali, di mera violazione, problemi di conoscenza, se residuano, riguardano prevalentemente il fatto: un fatto che attira ed esaurisce l'attenzione dell'interprete. Il difetto di un elemento del rapporto (il testo legislativo, troppo arido per poter essere «interpretato») impedisce

61. Si è già ricordato che l'intervento del 2018 prevedeva anche una delega al Governo affinché inserisse nel codice penale fattispecie della legislazione complementare poste a tutela di beni di primaria importanza. Ironicamente ma in modo prevedibile, il loro numero è stato risibile.

62. Laddove, come in materia di ambiente, a fattispecie descritte secondo il suddetto schema di legislazione (cfr. D.Lgs. 152/2006) si sono (peraltro) aggiunte (e non sostituite) fattispecie descritte secondo lo schema classico dei reati di evento (introdotti nel Codice Penale dalla legge 68/2015), si sono posti seri problemi interpretativi in relazione alla definizione concettuale dei danni ivi descritti.

l'innesto del «circolo» (o della «spirale») e gli insegnamenti dell'ermeneutica finiscono con il rivelarsi inutili.

3.2. (segue) *La proceduralizzazione in bioetica*

Si noti che modelli legislativi del tipo descritto sono caratteristici di ambiti segnati, come si diceva, da elevato tecnicismo, ma che – se non mi inganno – si sono compiutamente affacciati al diritto penale per la prima volta in materia bioetica (con la legge 194/1978, sull'aborto) dove la proceduralizzazione promette di attecchire in misura crescente.

La cosa non deve sorprendere, essendo il biodiritto segnato, molto più di altri ambiti, dalla coesistenza di diverse sensibilità e convinzioni, fortemente radicate sul piano culturale, ideologico, religioso ecc., che rivendicano con violenza il proprio primato sulla visione altrui.

La scelta a favore della proceduralizzazione in materia bioetica può cioè essere la conseguenza dell'incapacità legislativa di affermare con nettezza un punto di vista sull'altro e forse anche di una sua certa ipocrisia. Sicuramente però agevola il raggiungimento dell'accordo tra soggetti portatori di visioni teoriche pure molto diverse tra loro, perché attribuisce un rilievo quasi esclusivo al fatto e alle note specifiche della singola vicenda umana⁶³.

Insomma, potrebbe non essere casuale che la legge sull'interruzione volontaria di gravidanza (legge 194/1978) abbia retto al passare del (molto) tempo e degli schieramenti politici che la avversavano, mentre quella sulla procreazione assistita (legge 40/2004) viene demolita pezzo dopo pezzo dalla Corte costituzionale⁶⁴. Al di là dello *storytelling* che la ispira (scienziati pazzi e donne sciagurate intente solo a soddisfare egoistiche ambizioni di maternità in età innaturalmente avanzata), la legge sulla p.m.a. opera opzioni nette, «brutali», troppo inelastiche per rendere ragione dell'incomprimibile unicità delle situazioni con cui si confronta il biodiritto.

La fuoriuscita dal percorso della legislazione tradizionale fondata sulla contrapposizione «permesso/vietato» a favore della proceduralizzazione e del fatto è infine ciò che sarebbe dovuto accadere da subito – e che sta finalmente accadendo – in materia di fine vita.

Vicende come quelle di Piergiorgio Welby e di Eluana Englaro (e gli stessi loro protagonisti) hanno ispirato una legge (legge 219/2017) che ha meticolosamente «tradotto» sul piano normativo le soluzioni giurisprudenziali di lunghissimi contenziosi. Sebbene non si occupi espressamente di profili penalistici, tale legislazione, improntata a una difesa forte del principio di autode-

63. Che il ragionamento individualizzante favorisca il raggiungimento di un accordo era già evidenziato da R. Jonsen, S. Toulmin, 1988.

64. Corte cost. n. 151 del 2009; n. 162 del 2014; n. 96 del 2015.

terminazione individuale in materia terapeutica, ha chiare ripercussioni sulla lettura dell'art. 579 c.p. (omicidio del consenziente), negandone l'operatività quando ad intervenire sia stato un medico (a seconda delle preferenze teoriche, per difetto della tipicità oppure dell'antigiuridicità). La legge, tuttavia, si è rivelata subito non risolutiva. Già prima della sua approvazione, mostrò la corda nel caso di Fabiano Antoniani, assimilabile sotto il profilo umano ai precedenti (Fabiano Antoniani aveva una personalità evidentemente non compatibile con la condizione di vita cui era costretto), e tuttavia integrante una diversa qualificazione giuspenalistica (art. 580 c.p.).

Come noto, ciò ha determinato due interventi della Corte costituzionale che, con una mossa per molti a sorpresa, anziché sancire formalmente la prevalenza della liberale autodeterminazione del malato sugli interessi contrapposti di matrice solidaristico-comunitarista, ne ha tentato una composizione, abbozzando essa stessa una proceduralizzazione della disciplina⁶⁵. La Consulta ha cioè evitato posizioni nette sul piano della gerarchia dei valori e ha attribuito – ancora una volta – un peso preponderante al fatto concreto che – c'è ragione di pensare – fornirà elementi decisivi nella gestione di questi casi tragici⁶⁶.

In questo senso notavo che la rivincita del fatto sul diritto va forse oltre le coordinate dell'ermeneutica la cui matrice filosofica, almeno in origine, era legata pur sempre all'analisi di un testo. Testo che nel diritto penale mostra una resistenza maggiore che in altre branche, ma che si sta qua e là dissolvendo.

4. CONCLUSIONE?

Nel diritto penale, la riflessione sull'ermeneutica si trova in un guado: l'antica fede giuspositivista è stata spazzata via da una folata di cambiamento senza che il suo spazio fosse colmato da un'alternativa.

Molti ritengono che rassegnarsi alla primazia del fatto significhi assecondare il tramonto di certezza, generalità ed eguaglianza formale, e quindi la fine del diritto stesso che, con la sua connaturata ambizione a risolvere contrasti e orientare comportamenti, si tali valori si fonda. Non può escludersi che costoro abbiano ragione.

Sicuramente, stiamo assistendo alla fine di *questo* diritto. Può però darsi che nel frattempo se ne stia formando un altro: un diritto diverso, i cui tratti casomai non riusciamo a cogliere perché non rientrano nelle nostre categorie giuridiche e mentali.

65. Sulla sentenza Corte cost. n. 242 del 2019, tra i tanti commenti, quelli raccolti in G. D'Alessandro, O. Di Giovine, 2020.

66. La mia idea è che ben più che sulla verifica della consapevole volontà del malato, l'indagine si possa utilmente appuntare sul grado oltre il quale la sofferenza del singolo malato diventi intollerabile. O. Di Giovine, 2009.

Ritengo allora più cauto sospendere ogni previsione ed evitare di escogitare rimedi di sistema che, se imposti dall'alto, con la pretesa di dar forma ad una materia sempre più scomposta, potrebbero rivelarsi peggiori del male. Meglio «stare alla finestra», nella speranza – non fideistica ma confortata da uno sguardo retrospettivo – che il diritto trovi da sé un assetto nuovo, diverso da quello, linearmente ordinato e sistemico, che vi avevano forzosamente impresso le costruzioni ottocentesche e dei primi anni del secolo scorso.

Potremmo definire quest'atteggiamento «evoluzionista», nella misura in cui riesca a dimostrare che il diritto si evolve comunque in senso adattivo, dando risposta alle nuove emergenze. Di certo, è anti-creazionista⁶⁷, perché si sforza di guardare alla realtà dei fenomeni giuridici, rinunciando a cercare disegni intelligenti dove non ci sono e optando per l'analisi più oggettiva possibile. Ed è una prospettiva in linea con il mutato *trend* di inizio Millennio che, come ricordato all'inizio di questo discorso, cerca di riaffermare la realtà sulla teoria.

Almeno nel mio caso, un suo sviluppo dovrebbe moltissimo agli stimoli critici venuti dall'ermeneutica e dal maestro con cui mi è stato concesso l'onore di dialogare.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BARBERIS Mauro, 2012, *Stato costituzionale*, Mucchi, Modena.
- ID., 2015, «Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale tra storia e teoria». *Quaderni fiorentini*, 1: 67-101.
- BERNARDI Alessandro, a cura di, 2017, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*. Jovene, Napoli.
- BERNARDI Silvia, 2020, «Le Sezioni Unite chiudono la saga dei “fratelli minori” di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti *erga omnes*». *sistemapenale.it*, 11 marzo.
- BETTI Emilio, 1955, *Teoria generale della interpretazione*. Giuffrè, Milano.
- BRICOLA Franco, 1973, «Teoria generale del reato». In *Novissimo Digesto*, XIX, 7-93. Utet, Torino.
- CANALE Damiano, 2017, *Quando il diritto diventa immorale*. Laterza, Roma-Bari.
- CARLIZZI Gaetano, OMAGGIO Vincenzo, a cura di, 2016, *L'Ermeneutica giuridica tedesca contemporanea*. ETS, Pisa.
- CELANO Bruno, 2017, *Due problemi aperti della teoria dell'interpretazione giuridica*. Mucchi, Modena.

67. Nell'accezione usata per esempio da M. Barberis, 2015, 68, che con la sua tipica ironia lo definisce «un mix di positivismo e realismo giuridico – continentali – che riduce il diritto a legislazione, l'interpretazione a esegesi della legge, e il *common law* a un'eccezionalità inglese, tipo la caccia alla volpe».

- COLEMAN Jules Leslie, 2001, *The practice of principle. In defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford University Press, Oxford (trad. it. *La pratica dei principi. In difesa di una approccio pragmatista alla teoria del diritto*. Il Mulino, Bologna 2006).
- CUPELLI Cristiano, 2013, «Hobbes europeista? Diritto penale europeo, *auctoritas* e controlimiti» *Criminalia*: 339-60.
- D'ALESSANDRO Giovanni, DI GIOVINE Ombretta, a cura di, 2020, *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*. Giappichelli, Torino.
- DANZIGER Shai, LEVAV Johnatan, AVNAIM-PESSE Liora, 2011, «Extraneous Factors in Judicial Decisions». *Pnas*, 17: 6889-92.
- DI GIOVINE Ombretta, 2006, *L'interpretazione nel diritto penale*. Giuffrè, Milano.
- EAD., 2009, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica*. Giappichelli, Torino.
- EAD., 2014, «A proposito di un recente dibattito su "verità e diritto penale"». *Criminalia*: 539-59.
- EAD., 2016, «Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)». In C. E. Paliero, S. Moccia, G. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Riscato (a cura di), *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, 145-88. ESI, Napoli.
- DONINI Massimo, 2018a, «Fattispecie o *case law*? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza». *Questione giustizia*, 4: 79-101.
- ID., 2018b, «La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito». *Legislazionepenale.eu*, 20 novembre.
- ESSER Josef, 1972, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Suhrkamp, Frankfurt am Main (trad. it. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. ESI, Napoli 1983).
- FIANDACA Giovanni, 1985, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*. In G. Marinucci, E. Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, 139-76. Giuffrè, Milano.
- ID., 1994, «Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale». *Il Foro italiano*, 5: 1-14.
- ID., 2002, *Il diritto penale tra legge e giudice*. Cedam, Padova.
- ID., 2005, «Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione». *Cassazione penale*, 5: 1722-38.
- FIDELBO Giorgio, 2018, «Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Corte di Cassazione». *Questione giustizia*, 4: 137-46.
- GIDDENS Anthony, 1990, *The consequences of modernity*. Polity Press, Cambridge (trad. it. *Le conseguenze della modernità*. Il Mulino, Bologna 1994).
- HASSEMER Winfried, 1968, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München (trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura e con saggio introduttivo di G. Carlizzi. ESI, Napoli 2007).
- JONSEN Albert, TOULMIN Stephen, 1988, *The abuse of casuistry. A history of moral reasoning*. University of California Press, Berkeley.

- KAUFMANN Arthur, 1982, *Analogie und «Natur der Sache» – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2ª. R. V. Decker & C. F. Müller, Heidelberg (trad. it. *Analogia e «natura della cosa». Un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi. Vivarium, Napoli 2003).
- LANEVE Giuseppe, 2018, «Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni». *Rivista AIC*, 4: 421-54.
- LIPARI Nicolò, 2019, «Il diritto civile dalle fonti ai principi». In D. Canale, E. Pariotti, B. Pastore (a cura di), *Ermeneutica e positività del diritto*, 39-72. Carocci, Roma.
- MASSARO Antonella, 2020, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*. ESI, Napoli.
- PALAZZO Carlo Francesco, 2016, «Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico». *Ars interpretandi*, 2: 77-89.
- PAPA Michele, 2018, «Dal codice penale “scheumorfico” alle playlist. Considerazioni inattuali sul principio di riserva di codice». *Diritto penale contemporaneo* (riv. trim.), 5: 129-55.
- PASTORE Baldassare, 2016, «Interpretare, giudicare, controllare. Diritto penale giurisprudenziale e metodologia giuridica». *Ars Interpretandi*, 2: 61-75.
- PINO Giorgio, 2001, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*. Il Mulino, Bologna.
- ID., 2006, «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi». *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 1: 1-57.
- ID., 2019, *Interpretazione costituzionale e teorie della Costituzione*. Mucchi, Modena.
- PULITANÒ Domenico, 2015a, «Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1: 29-58.
- ID., 2015b, «Quali ermeneutiche per il diritto penale?». *Ars Interpretandi*: 2-46.
- ROMEO Gioacchino, 2012, «Alle sezioni unite la questione della possibilità, per il giudice dell'esecuzione, dopo la sentenza “Scoppola” della Corte Edu, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell'ergastolo». *penalecontemporaneo.it*, 19 marzo.
- STORTONI Luigi, INSOLERA Gaetano, a cura di, 2012, *Gli ottant'anni del codice Rocco*. Bonomia, Bologna.
- TESAURO Alessandro, 2019, «Corte Edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-general e ricadute penalistiche». Parte I e II. *Penalecontemporaneo.it*, rispettivamente 24 giugno e 9 luglio.
- TUZET Giovanni, 2020, «L'algoritmo come pastore del giudice? Diritto, tecnologie, prova scientifica». *Media Laws*, 16 marzo: 1-10.
- VECA Salvatore, 2005, *La priorità del male e l'offerta filosofica*. Feltrinelli, Milano.
- VIGANÒ Francesco, 2012, «Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte Edu in Scoppola c. Italia». *penalecontemporaneo.it*, 10 aprile.
- ID., 2014, «L'adeguamento del sistema penale italiano al “diritto europeo” tra giurisprudenza ordinaria e costituzionale». *Diritto penale contemporaneo* (rivista trimestrale), 2: 167-76.
- ID., 2017, «Il *nullum crimen* conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità convenzionale?». *penalecontemporaneo.it*, 5 aprile.

- VIGANÒ Francesco, LAMARQUE Elisabetta, 2014, «Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola». *penalecontemporaneo.it*, 31 marzo.
- VOGLIOTTI Massimo, 2015, «Scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna». *Quaderni Fiorentini*: 131-81.
- WALDRON Jeremy, 1999, *The dignity of legislation*, Cambridge University Press, Cambridge (trad. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*. Giuffrè, Milano 2001).
- ZACCARIA Giuseppe, 1990, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam, Padova.
- ID., 2007, *La giurisprudenza come fonte di diritto. Un'evoluzione storica e teorica*. Editoriale Scientifica, Napoli.
- ID., 2012, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2015, «Comprensione del diritto, non sul diritto». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 119-126.
- ID., 2018, «Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti». *Rivista di diritto civile*, 3: 766-77.
- ID., 2020, «Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica». *Rivista di diritto civile*, 2: 277-94.

