

PIERO GAETA\*

## L'illusione della monade chiusa: primato del caso e crisi della tipicità penale

### ENGLISH TITLE

The Illusion of the self-referring “Monad”: Primacy of the Case and Crisis of Legal Provision in Criminal Law

### ABSTRACT

By analyzing the evolution and the crisis of legal provision in criminal law as well as its causes the paper aims to verify the current theoretical relationship between some postulates of criminal law, such as rule of law, legislative reservation, legal syllogism, banning of reasoning by analogy, and the Hermeneutics tenets about legal methods. The issue of interpretation in criminal law is addressed both in diachronical - in terms of the overcoming of the Enlightenment model due to the discovery of the Hermeneutic idea of creativity in application of law – and synchronic, as the search for what has substituted or can substitute that model.

### KEYWORDS

Legal Provision – Legislative Reservation – Syllogism – Hermeneutics – Legal Interpretation.

### 1. PREMESSA

L'argomento – la “crisi della fattispecie”, il primato del “caso concreto” e le ricadute nelle decisioni dei giudici penali – riporta immediatamente a praterie teoriche sconfinite, quasi ricordando la scienza costruita «sulla bocca del Vesuvio», cui allude Nietzsche in un celebre aforisma<sup>1</sup>: ovvero, la riflessione sull'orlo dell'*Abgrund*, dell'abisso.

Per superare questo senso di agorafobia teorica, adatto la riflessione al perimetro della mia esperienza professionale: come si annoda a questa problematica teorica l'attuale esperienza giudiziale della legittimità penale; come operano i giudici – quelli, in particolare, di cassazione – al tempo della crisi della fattispecie.

\* Avvocato generale c/o Procura generale Corte di Cassazione.

1. F. Nietzsche, 1992, aforisma 283, 203-4.

Questo tenue, ma rassicurante confine, preserva dalla vertigine dell'*Abgrund*.

## 2. IL PARADOSSO DEL DIRITTO PENALE

La riflessione può iniziare dall'enunciazione di un paradosso: il diritto penale è il *topos* del diritto in cui maggiormente si avverte l'esigenza che la fattispecie normativa non entri "in crisi", mantenendo condizioni ottimali di salute teorica e funzionale; ma, al tempo stesso, sembra essere il distretto giuridico meno irenico per la fattispecie e meno fausto per la sua integrità. Probabilmente, il luogo in cui se ne registrano le crisi più acute, le torsioni più estreme, le smagliature più diffuse.

Questo paradosso comporta che, per un verso, il diritto penale siede perennemente al banco dell'esame dell'ermeneutica e ne subisce un feroce e continuo setaccio critico; per altro verso, che i postulati metodologici dell'ermeneutica sono, al suo cospetto, maggiormente obbligati ad abbandonare la leggerezza propria di un approccio meramente descrittivo e fenomenico. Il paradosso porta poi ad interrogarsi sulla possibilità di un'eventuale metabasi verso una «deontologia ermeneutica»<sup>2</sup>, o sull'*an* e sul *quomodo* di una ermeneutica «prescrittiva», specifica per il diritto penale<sup>3</sup>. Se esiste (e quale sia) un limite di tollerabilità, in ragione della specificità del diritto penale, dei postulati ermeneutici: «quanta ermeneutica» è sopportabile dal diritto penale<sup>4</sup>. Il paradosso interroga anche *i* giudici e *sui* giudici: su «dove passa il confine»<sup>5</sup>, oggi, della (tenuta della) fattispecie e dove, invece, è più frequentemente superato verso l'esterno. Se, insomma, è «giunta l'ora di congedarsi dal principio di legalità»<sup>6</sup>.

Questi gli snodi essenziali della riflessione: perché il diritto penale è particolarmente chiamato a difendere «l'irrinunciabile leggerezza della fattispecie» (secondo l'immaginifico dire di Giovanni D'Amico) e perché, al tempo stesso, esso contribuisca in modo determinante alla sua dissoluzione; del "cosa" l'ermeneutica possa chiedere di sopportare al diritto penale, ma anche di quanto il diritto penale possa esigere (se può esigere qualcosa) dall'ermeneutica. Considerando che, nella tensione di questo chiasmo teorico, ci sono i giudici.

2. V. Manes, 2018, 2222.

3. Originale intuizione di M. Donini, 2011, spec. il cap. II. In senso contrario, in precedenza, O. Di Giovine, 2006.

4. D. Farias, 1990, 81.

5. M. Vogliotti, 2011.

6. O. Di Giovine, 2006, 292; interrogativo cui la studiosa risponde negativamente pur rilevando la «vana l'illusione di ibernarlo, preservandolo nella sua originaria configurazione per un malinteso senso di rispetto verso i suoi illustri natali».

3. PERCHÉ, PER IL DIRITTO PENALE, LA FATTISPECIE NON DOVREBBE  
(NÉ POTREBBE, *IN THESI*) MAI ESSERE IN CRISI

Muovo da un postulato: che, cioè, la condizione di pensabilità del diritto penale è che, al destinatario del precetto, sia garantita la «sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte di azione»<sup>7</sup>.

La specifica eticità del diritto penale è racchiusa in questa inarrivabile formula e i motivi sono evidenti: «la possibilità della conoscenza della legge penale (entro un orizzonte di civiltà liberale) è presupposto della colpevolezza, necessario per l'attribuzione di responsabilità»<sup>8</sup>.

L'indefettibile catena – prima che logica, etica – vuole che il primo anello sia quello della (possibilità di) conoscenza del precetto<sup>9</sup>, cui si salda quello della colpevolezza (ad esempio della possibilità del rimprovero<sup>10</sup>, che si fonda sulla possibilità di coscienza dell'illiceità, su di un «riconoscibile contenuto offensivo»<sup>11</sup>), cui si lega ulteriormente quello della possibile attribuzione della responsabilità.

Non è ideologia del diritto penale e neppure suo portato dogmatico: è l'assioma essenziale (o, se si vuole, la condizione minima di pensabilità) di un sistema penale. Senza questa concatenazione del trittico «previa conoscenza-colpevolezza-responsabilità» non è dato alcun sistema penale nell'orizzonte della moderna civiltà giuridica.

Poi ci sono i corollari, che, in relazione al postulato di previa conoscenza, hanno molteplici sfaccettature. Sono verità conseguenti le quali – benché di tradizione secolare, di cultura sedimentata, oltre che di fondazione costituzionale – sono tuttavia *solo* strumentali ed attuative del postulato di “necessaria (possibilità di) conoscenza” del precetto penale. Gli ordinamenti di *civil law* e di matrice illuminista si sono affidati al mezzo – la legge – più oggettivo, più certo, più verificabile *ex distantibus*, istituzionalmente più congruo (all'affermarsi della separazione dei poteri), politicamente più strategico (nell'Assolutismo sovranista, prima) e democratico (nelle giovani democrazie costituzionali, poi) per veicolare il precetto punitivo, strumento assunto a monopolio nella previsione costituzionale: la riserva assoluta di legge in materia penale.

Questa convergenza di intenti politici e di istanze di garanzia individuali non significa tuttavia che la “riserva assoluta di legge” sia un indefettibile

7. Corte cost., sent. n. 364 del 1988, § 16.

8. D. Pulitanò, 2005, 27 ss.

9. «Per assumere il soggetto agente “in colpa” dovrebbe [...] almeno essergli offerta la “possibilità” di conoscere le norme penali che “trasformano” in doverose le regole di diligenza, prudenza ecc. in base alla violazione delle quali, nella prevedibilità ed evitabilità concreta dell'evento, si viene chiamati a rispondere [ ]»: così Corte cost., sent. n. 364 del 1988, § 23.

10. A. Cadoppi, 2005, 123.

11. D. Pulitanò, 2017, 67.

genetico del diritto penale, una sua condizione di pensabilità<sup>12</sup>: il sistema dei *precedents* di *common law* o l'incriminazione «da diritto giurisprudenziale», espressamente ammessa dalla Corte EDU, rammentano la possibile alternativa di una *riserva di diritto*, «indifferentemente legislativo o giurisprudenziale»<sup>13</sup>. Altro è considerare, poi, che il sistema a riserva legislativa “stretta”, pur non costituendo il genotipo del diritto penale, ne è divenuto il fenotipo e, con il riconoscimento *per* Costituzione, il fondamento irreversibile ed irrinunciabile della garanzia individuale in materia penale.

È nota la catena degli ulteriori corollari che si lega a quello della riserva di legge: irretroattività della legge penale incriminatrice; principio di determinatezza e tassatività<sup>14</sup>; conoscibilità e prevedibilità della condotta declinata attraverso la fattispecie legale tipica; divieto di analogia.

#### 4. LA GABBIA DI FARADAY...

Questa gabbia di Faraday ha potuto isolare il diritto penale alla sola condizione di negare (occultare, impedire) l'unico punto di contatto possibile “con l'esterno”: lo *ius dicere* del giudice. La monade preservata al suo interno era immaginata *necessariamente* chiusa, pena la sua stessa dissoluzione o, meglio, il parziale tradimento del suo stesso scopo: la garanzia di una conoscibilità certa ed integrale della *disposizione* di incriminazione, in funzione della piena e responsabile azione libera del soggetto destinatario. Legalità illuminista, questa, legata alla legittimazione politica dell'assolutismo: l'*idea forte* cioè, di cui pare intriso il pensiero dello stesso Beccaria<sup>15</sup>, che, essendo l'interpretazione *sempre* politica, essa *in conseguenza* non potesse essere attribuita al giudice: il divieto di «autonormazione giudiziale», al di là degli scopi nobili della garanzia individuale, preserva il monopolio delle politiche criminali in capo al sovrano<sup>16</sup>.

Al postutto, se cinica consapevolezza politica o barlume di garanzia individuale, poco rileva: resta che il manifesto del neoilluminismo liberale in materia penale<sup>17</sup> si è affermato nel costituzionalismo contemporaneo solo su tale presupposto metodologico, che chiudeva il sistema teorico e garantiva il dogma. Riserva assoluta di legge; irretroattività della legge penale incriminatrice; principio di determinatezza; principio di tipicità dell'offesa si affermano e crescono, al di là della loro declamazione, nella loro tenuta culturale solo alla

12. P. Grossi, 2009, 190 (cfr. P. Grossi, 2003, 112).

13. G. Amarelli, 2018, 1420.

14. T. Padovani, 2002, 24; G. Marinucci, E. Dolcini, 2001, 119 (anche per l'ulteriore principio di precisione) e M. Donini, 2014a, 245 ss.

15. Ivi, 246.

16. G. Amarelli, 2018, 1429.

17. G. Cocco, 2016.

implicita e condivisa condizione che il giudice penale, interpretando, scopra senza aggiungere; disveli senza integrare; deduca senza produrre: un «giudice logico che compie operazioni rigorose e perfettamente controllabili su di un materiale certo»<sup>18</sup>. Ciò che costituisce il presupposto del «carattere neutro della conoscenza legale, che garantisc(e) non tanto la ragionevolezza quanto l'oggettività del giudizio»<sup>19</sup>, postulando la possibilità di un'interpretazione *per regole logiche*, con la sicura possibilità di eliminare dall'ermeneutica giurisprudenziale (come dall'euristica processuale) i contorni incerti ed indefiniti di volizioni non verificabili razionalmente.

Il logicismo puro, oltre che antidoto alla eterointegrazione della legge penale, diviene finzione e metafora della logicità dell'intero sistema penale, adeguata giustificazione esterna dello stesso: la possibilità che il diritto dei giudici sia tratto «mediante operazioni puramente logiche, paragonabili alle “trasformazioni” matematiche» serve in realtà a sostenere che «tutto il diritto è legale»<sup>20</sup>. Non si tratta di un lusso che si offre al diritto penale, quanto il suo stesso rafforzamento etico, la possibilità di una sua giustificazione in termini di completa autosufficienza. Il logicismo si converte nel legalismo: «con esso sta o cade la stessa concezione legalista del diritto»<sup>21</sup>.

La monade, oltre che autopoietica, è autosufficiente e può rimanere irrelata.

Sotto questo profilo, il diritto penale (la sua dottrina, assai prima e più pervicacemente dei suoi giudici<sup>22</sup>) è vissuto felicemente isolato: come (sotto) sistema monolitico, «le cui caratteristiche di autonomia e autorità ne esprimevano la caratteristica chiusura (*Geschlossenheit*)»<sup>23</sup>; come *epistème* cui il carapace della fattispecie legale ha opposto una *fin de non-recevoir*; come legittimazione democratica, esclusivamente ricercata nel formante legislativo.

##### 5. ... E LA SUA DEGRADAZIONE

Questo mondo (e modello) non esiste più da diversi decenni. Un discorso sulle cause della sua crisi è di tale generale ampiezza e variegatura da esigere un riordino tassonomico.

Per cenni, è condivisibile quell'approccio che riconduce le cause sopravvenute della crisi della fattispecie a due grandi filoni eziologici: l'irrompere prepotente della giurisprudenza tra le fonti creatrici del diritto; la circostanza

18. G. Orrù, 1986, 11 ss.

19. G. De Luca, 1992.

20. L. Lombardi, 1975, 268.

21. *Ibid.*

22. G. Fiandaca, 2002a, nota, 8.

23. E. Paliero, 2014, 1099, ma spec. nt. 34.

che «le fonti, collocate su diversi livelli, vengono depurate di gerarchizzazione»<sup>24</sup>.

La dissoluzione dello *Stufenbau*, dello Stato quale «totem gerarchizzante e monopolista» della genesi dei sistemi punitivi<sup>25</sup> coincide con l'innesto di giurisprudenze nazionali e sovranazionali che disegnano nuovi paradigmi di interpretazione<sup>26</sup>, di applicazione di precetti punitivi esistenti o sovrappongono inedite istanze punitive.

Il riferimento è a quel «generale processo di “costituzionalizzazione” dell'ordinamento che non poteva non investire il settore penalistico»<sup>27</sup>, che, attraverso il controllo giurisdizionale di costituzionalità<sup>28</sup>, ha indubbiamente determinato «la sovrapposizione della legalità costituzionale alla legalità penale ordinaria»<sup>29</sup>, attraverso il frequente ricorso al canone della ragionevolezza. Ne è conseguito l'assottigliamento della linea di discriminare «tra controllo di legittimità e riesame critico» della legge penale; tra giudizio «stretto» di disarmonia con i precetti costituzionali e valutazione delle scelte *in criminalibus*, tradizionale appannaggio della discrezionalità del legislatore<sup>30</sup>.

Nel versante sovranazionale, tale “perdita del centro”, che si abbatte sulla tradizionale legge-fonte del sistema penale e sulle sue pregresse stabilità, è particolarmente evidente: essa genera un diritto penale delocalizzato quanto alle fonti<sup>31</sup>, non più legicentrico, «senza codice»<sup>32</sup>, complesso, permeabile e dinamico, reticolare, con statuti di legalità paralleli ma non sempre coincidenti<sup>33</sup>. Tutto ciò apre una falla nella monade del tradizionale *Tatbestand*, della fattispecie di incriminazione definita, di origine esclusivamente legislativa (e nazionale), interamente autosufficiente, completa, esplorabile per “estrazione” logica, integralmente pronosticabile per attuazione concreta, preventivamente conoscibile. La falla è di duplice segno: sotto un primo aspetto, cade la logica pensabilità di una riserva riferibile ad una fonte che, anche *formalmente*, ammette un replicante (*recte*: più replicanti): si afferma una gerarchia fluida, non troppo stringente e precisa, alquanto mobile<sup>34</sup>; sotto altro profilo, il

24. Ivi, spec. nota 35.

25. *Ibid.*

26. Efficacissima la sintesi che offre M. Vogliotti, 2016, 10.

27. G. Fiandaca, 2017a, 124.

28. Sui cui riflessi, cfr. F. Palazzo, 2018, spec. 6.

29. G. Fiandaca, 2017a.

30. Assai suggestivamente, ancora G. Fiandaca, 2017b, 13, cui si riferiscono i virgolettati nel testo.

31. M. Donini, 2003, 1814 ss., ne traccia, perfettamente, un incalzante elenco.

32. C. Sotis, 2007, 16.

33. Si pensi, ad esempio, al divergenze tra le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo sulla nozione di *bis in idem*.

34. Basti pensare al rapporto “dialettico” tra Corte costituzionale e Corte EDU sulla cosiddetta confisca senza condanna.

paradigma dell'incriminazione subisce l'onta (dogmatica, epistemica ecc.) di potersi strutturare non secondo *regole*, ma anche secondo *principi*<sup>35</sup>.

### 5.1. La fattispecie legale tra regole e principi

Quest'ultimo profilo pone al diritto penale e alla legalità problemi inediti.

Ci si chiede se questa metabasi dalle *regole* ai *principi*, dalle fattispecie costruite su regole a quelle edificate su principi sia tollerabile per la legalità penale nazionale. Nei fatti è tollerata. Il problema è, invece, *de iure* o, se si vuole, di dogmatica della legalità penale: per il nostro ordinamento positivo, è *regola* (e non principio) la preminenza della fattispecie legale.

Ci si chiede, ancora, se la legalità della fattispecie, fondata su regole, può essere eterointegrata da principi totipotenti, in grado, cioè, di rigenerare interi àmbiti di norme incriminatrici, di svilupparsi nell'intero organismo del sistema punitivo penale.

Le cose concettualmente non migliorano quand'anche si fosse disposti ad una concessione teorica: ritenere che l'*unica* regola effettivamente tale (perché chiaramente esplicitata in Costituzione) sia, per la legalità penale, quella della riserva di legge e non il resto dei suoi corollari (irretroattività; principio di determinatezza; principio di tassatività; tipicità della fattispecie; divieto di analogia ecc.). Questi ultimi sarebbero solo *principi*, come tali in potenziale coesistenza con altri, *aliunde* ricavabili.

Anche tale degradazione concettuale non sarebbe corretta, né decisiva. La difficoltà permarrrebbe comunque intatta, considerando che, per il policentrismo determinato dal sorgere del diritto sovranazionale, non si avrebbero principi identitari ed, in qualche modo, comparabili nella loro coesistenza. Inoltre, degradare a principi di carattere dogmatico la specificità di essenze normative proprie del diritto penale non significa affatto abbatterne la valenza precettiva.

È ben vero che l'attuazione dei principi «non è assoluta – del tipo: o tutto o niente – ma ammette una notevole gradualità»; ma è altrettanto indubbio che «i principi dimostrativi impegnano il legislatore sul piano giuridico-costituzionale»<sup>36</sup>, non soltanto su quello politico-costituzionale, come avviene per i principi *semplicemente* argomentativi: l'esempio è il principio di colpevolezza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, non certo *solo* principio argomentativo di indirizzo politico, ma dimostrativo-attuativo dell'art. 27 Cost., a testo ovviamente invariato.

Non è sempre vero, dunque, che i principi (dimostrativi) siano o possano considerarsi meno precettivi delle regole, soprattutto quando è chiara la loro

35. R. Dworkin (1977), trad. it. 2010, *passim*, per la nota distinzione accennata nel testo.

36. M. Donini, 2003.

derivazione costituzionale (o, comunque, il loro rilievo costituzionale) e quando da essi è possibile «“dedurre” le caratteristiche del sistema»<sup>37</sup>.

In questo senso, i principi del diritto penale, riguardando direttamente la condizione della libertà individuale, assumono valenza precettiva specifica, anche se non sono regole in senso proprio: essi valgono a conformare, nell'ordinamento nazionale, una qualche assolutezza, una scarsa derogabilità, una difficoltà ad entrare in competizione con altri principi che non provengano dal medesimo stampo costituzionale.

#### 6. PERCHÉ IL DIRITTO PENALE, A SUA VOLTA, METTE PARTICOLARMENTE IN CRISI LA FATTISPECIE

Ai fattori esogeni e generali, sopra solo accennati, a porre in crisi la legalità della fattispecie se ne aggiungono altri, endogeni: sviluppati, cioè, all'interno dello *specimen* del penale, delle sue caratteristiche, del suo modo “di essere diritto”.

In questa prospettiva, viene in rilievo il principio della frammentarietà, caratteristica propria del diritto penale e che ne segna una profonda differenza rispetto al “tutto tondo” del diritto civile. L'incriminazione penale delimita i beni oggetto dell'aggressione e le modalità di essa: e «solo tali forme di aggressione sono penalmente rilevanti e debbono essere punite, non le altre, anche se ugualmente produttive di danno»<sup>38</sup>. Il diritto penale tipizza per delimitare: è un diritto «per beni specifici e per modalità di lesione».

La frammentarietà è la delizia (perché garantisce, limitando, dalla tirannia punitiva dello Stato), ma anche la croce teorica del diritto penale, poiché «dà ragione del fatto – in apparenza paradossale – che nel diritto penale siano fisiologiche, e non patologiche, quelle che in altre branche del diritto vengono descritte come “lacune”»<sup>39</sup>: concettualmente antitetico all'analogia, il diritto penale ne crea ideale terreno di coltura.

La frammentarietà dell'incriminazione, pur essendo portato irrinunciabile del diritto penale è anche, quanto alle possibili eterointegrazioni ermeneutiche, la sua spina «pungente e senza condono», secondo un verso di Giorgio Caproni: è nel dettaglio, ricavato grazie alla frammentarietà, che si nasconde il diavolo dell'estensione indebita. La frammentarietà è vissuta nella prassi giudiziale come un intralcio alla giustizia<sup>40</sup>.

Ancora. Il diritto penale, proprio perché frammentario, è minimo, *extrema ratio*: che esso (come auspicato da Corte costituzionale n. 364 del 1988, § 17),

37. *Ibid.*

38. A. Cadoppi, 2005, 123 ss. e 2014.

39. A. Cadoppi, 2014.

40. M. Donini, 2017, 92.



«sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di “rilievo costituzionale” e tali da esser percepite anche in funzione di norme “extrapenali”, di civiltà...». C'è da chiedersi se questo disegno ideale, *in sé* del tutto condivisibile, non favorisca l'ineliminabile concretizzazione ermeneutica. Il dubbio è insomma che proprio una concezione minimalista (ed assai auspicabile) del diritto penale si ritorca, paradossalmente, proprio contro la tenuta della tipicità della fattispecie legale.

Ancora: i problemi penalistici «sono caratterizzati da una specifica rilevanza morale»<sup>41</sup>: il diritto penale è il più “morale” ed il più “emotivo” tra i diritti.

Se è vero che l'ermeneutica del diritto è «un'ermeneutica regionale in cui è l'oggetto stesso, o meglio la cosa stessa, a dettare le condizioni per la sua comprensione»<sup>42</sup>, è ancor più vero che «dentro la regione “diritto”, il diritto *penale* è una provincia con marcati caratteri specifici»<sup>43</sup>. Tra queste specificità vi è indubbiamente quella di proporsi (*recte*: di essere percepito), ciclicamente, come «etica pubblica»<sup>44</sup>, specie dagli attori giurisprudenziali, in sinergia con il *feedback* restituito dalla opinione pubblica. L'idea di un diritto penale laico ed interamente secolarizzato si è faticosamente affermata rispetto ai giusnaturalismi e ai fondamenti fideocratici o fideistici, ma è rimasta solo tendenziale ed intermittente rispetto all'etica<sup>45</sup>. Con moto pendolare e per alcuni specifici settori, si riaffaccia il «penalismo etico»: l'idea di veicolare attraverso l'incriminazione, e soprattutto la sua attuazione, una ragione morale o di proteggere un nucleo essenziale di «effettiva» etica pubblica o di interpretare un certo «sentimentalismo» sociale<sup>46</sup>, rispetto al quale il diritto penale diviene spesso strumento di esorcismo sociale. L'intreccio tra diritto penale e morale è poi incrementato dalla necessità che venga assicurata «la coerenza complessiva dell'ordinamento penale con condizioni moralmente accettabili di convivenza di uomini liberi»<sup>47</sup>.

Questo bisogno di armonia con lo sfondo delle condizioni moralmente accettabili della comunità favorisce approcci teleologici dell'incriminazione, perché interroga pericolosamente i giudici – interpreti operativi della disposizione – sulla “responsabilità morale” del loro risultato ermeneutico. Non è più solo un problema di congruenza del risultato interpretativo con l'orizzonte di senso della disposizione: è il riverbero etico ad insinuarsi. Esso, suggestiva-

41. D. Pulitanò, 2005, 27 ss.

42. F. Viola, 2015, 63.

43. D. Pulitanò, 2017, 66.

44. M. Donini, 2014b, *passim*.

45. Cfr. per tutti A. Cadoppi, 2010.

46. Formula, quest'ultima, coniata da Francesco Palazzo (in F. Palazzo, F. Viganò, 2018, 102-3).

47. D. Pulitanò, 2005, 43.

mente, fornisce copertura coscienziale (etica) alla possibilità di una legalità applicata di tipo estensivo-additivo<sup>48</sup>.

Il diritto penale è poi, per definizione, il «diritto del conflitto»<sup>49</sup>, all'interno del quale è difficile ospitare quella che Gadamer chiamava, in altro contesto, l'«ermeneutica romantica». Il romanticismo interpretativo, la contemplazione ermeneutica, il distacco dall'oggetto interpretato non si addicono al conflitto che il giudizio penale è quasi sempre chiamato a risolvere, né sono modelli utili per comprenderne la dinamica applicativa. Il conflitto piega le interpretazioni alla ragion pratica, all'adozione di una strategia persuasiva ed il paradigma di una interpretazione asettica, distante, scientifica – e *come tale* fedele a preservare la coerenza logica rispetto della fattispecie – «si trova spiazzato dalla forte presenza (o prevalenza) di discorsi strategici orientati alla persuasione, in vista del raggiungimento di risultati interpretativi che corrispondano ad esigenze legate al conflitto»<sup>50</sup>.

#### 7. È POSSIBILE (ED AUSPICABILE) UN'ERMENEUTICA «SPECIALE» PER IL DIRITTO PENALE?

Ci si chiede allora se tutte queste specificità del diritto penale (purtroppo solo) enunciate siano tali da sollecitare regole «speciali» di ermeneutica giuridica; se sia possibile ipotizzare un'ermeneutica con regole dedicate alla materia penale e solo ad essa dirette. In generale, se rispetto al diritto penale, l'ermeneutica, scienza pratica descrittiva<sup>51</sup>, possa mutare pelle e trasformare il proprio approccio in prescrittivo<sup>52</sup>.

Questi nodi descrivono lo stallo in cui sembrano versare i rapporti tra i filosofi dell'interpretazione e i penalisti. I primi chiedono ai secondi di acquisire finalmente la coscienza critica della demitizzazione propria dell'ermeneutica: di accogliere culturalmente la consapevolezza che l'*ars interpretandi* giudiziale è veramente tale, cioè normazione creativa; che il caso concreto ha un valore costitutivo del diritto; che nessun postulato dogmatico del diritto penale potrà arrestare il nuovo *Aufklärung* del metodo ermeneutico, ponendosi come urgente l'auspicio di «ripensare profondamente» i principi (di legalità, di tassatività, di divieto di analogia, di vincolo del giudice alla legge) degli ordinamenti giuridici continentali<sup>53</sup>.

48. G. Fiandaca, 2002a, 7.

49. Cfr., per tutti, D. Pulitanò, 2005.

50. Ivi, p. 29.

51. Che rivendica «di voler non già orientare la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente descriverne, nella misura più oggettiva possibile, il funzionamento», O. Di Giovine, 2012, 270.

52. Secondo il già citato modello coltivato da V. Manes, 2018.

53. M. Vogliotti, 2015a, 96. Sul ripensamento alla luce delle innovazioni di metodo dell'ermeneutica, cfr. G. Zaccaria, 2012.

I penalisti, per la gran parte, sembrano opporre una sorta di *non possumus*: non è possibile rinunciare a predicare il vangelo dei principi del diritto penale ed accettare il relativismo spinto delle interpretazioni o addirittura il negazionismo integrale su riserva di legge, pre-determinazione astratta, sillogismo della fattispecie, pena il disfacimento dello stesso diritto penale. Inoltre, ripensare i principi non è di competenza della teoria ermeneutica, ma del legislatore e della sua politica del diritto<sup>54</sup>.

Il punto di mediazione tra queste opposte *Weltanschauungen* è nella posizione illuminata di quanti, tra i penalisti, non muovono dal rifiuto «di principio» di un approccio ermeneutico sulla base di una «diversità della “natura” del diritto penale»<sup>55</sup>, quanto da una necessaria recessività dell’approccio stesso rispetto alle «diverse regole ermeneutiche»<sup>56</sup> che a tale settore necessariamente pertengono.

Ciò sollecita una sorta di analisi dialogica: valutare quali siano gli effettivi «scandali» dell’ermeneutica per la penalistica moderna<sup>57</sup> e quali i postulati della prima accettabili dalla seconda.

I penalisti dovranno confrontarsi con il più importante assunto di fondo e di metodo dell’ermeneutica contemporanea: il sistema normativo anche penale non è più un insieme di sostanze positive, ma piuttosto un incessante processo di positivizzazione<sup>58</sup>: si è nel transito da «un’ontologia oggettualistica, che riduce il diritto a un insieme di “sostanze”, a un’ontologia relazionale»<sup>59</sup>, che esalta la relazione dinamica fra testo e contesto, piuttosto che quella statica – e solo logica – tra fatto e diritto.

È un mutamento culturale profondo che si richiede agli esegeti penalisti: la recessione dell’oggettività giuridica e del giudice come locutore logico, a beneficio del diritto come «azione» e «relazione», del giudice come mediatore valoriale, linguistico, storico «partner critico e coautore» del legislatore<sup>60</sup>.

Altro è poi chiedersi se l’oggettività giuridica della fattispecie, su cui si fonda il disvalore della condotta nel diritto penale, sia in grado di reggere questo transito: se, cioè, il precetto penale possa privarsi del riferimento oggettuale ed esporsi a questa mobilità della relazione.

Il problema riguarda il grado di determinatezza della fattispecie stessa e la lealtà dell’interprete. Se la fattispecie è costruita in modo chiaro e sufficientemente determinato e il giudice svolge con correttezza il suo compito ermeneutico, il *deficit* di oggettività è relativo ed è salvo anche il circolo ermeneutico.

54. D. Pulitanò, 2015, 49.

55. M. Donini, 2011, 80.

56. Ivi, 64.

57. M. Vogliotti, 2015b, 131 ss.

58. G. Zaccaria, 1991, 329 e 355.

59. M. Vogliotti, 2015b, 135, ma, più in generale, 2007.

60. M. Vogliotti, 2015b, 136.

Come scrive Gadamer, «è vero che il giudice che adatta la legge tramandata dal passato alle esigenze del presente ha di mira uno scopo pratico. Ma non per questo la sua interpretazione della legge può essere sospettata di arbitrarietà. [Il giudice] cerca di essere fedele all'intenzione giuridica della legge, median-dola con il presente»<sup>61</sup>.

Il discorso cambia allorquando, al di là della stessa precisione linguistica del precetto, il tipo criminoso non è correttamente delineato dalla fattispecie<sup>62</sup> o quando la struttura minima dell'oggettività giuridica, pure correttamente individuata nella disposizione incriminatrice, è estesa oltre il visibile limite di offensività tracciato nella disposizione medesima. Quando, cioè, i giudici adottano una sorta di *Inversiomethode* in punto di offensività. La «difesa del senso letterale» del testo<sup>63</sup> è criterio che va maneggiato con realismo e cura, in quanto la *littera legis* vale a fare pre-comprendere all'interprete il senso dell'offensività tipizzata. La precomprensione dell'offensività della fattispecie (ed in generale il «dogma postmoderno» dell'offensività<sup>64</sup>) può funzionare, quale criterio regolativo ermeneutico, sia in senso garantista sia, all'opposto, muovendo cioè dalla offensività «ricavata» dal caso concreto e generalizzandola attraverso una sua trasposizione nel principio espresso dalla disposizione. In questo caso è riscritta la stessa disposizione ed il risvolto ermeneutico *in malam partem* è evidente. L'offensività funziona come un manometro azionato dal giudice, che può essere posizionato verso la minima chiusura o verso la massima apertura e, in questo senso, è tendenzialmente fondato, metodologicamente, il postulato ermeneutico della relazione piuttosto che della fissità oggettiva. Ma che ciò sia possibile, non significa che, a farlo, vengano abrogati tutti gli ulteriori parametri epistemici rilevanti dell'operazione o che l'esito – vale a dire la nascita di una *l'infrazione di origine giurisprudenziale* e per la quale, tuttavia, «non c'è spazio legittimo» nell'ordinamento costituzionale penale<sup>65</sup> – sia neutro.

C'è poi una seconda tesi che si assume parimenti sovversiva e che innalza la pretesa dell'ermeneutica: l'idea che il giudice non solo sia *partner* indispensabile nell'attuazione del precetto, ma attui un «perfezionamento creativo della legge»<sup>66</sup>: messaggio «iconoclasta» che sbriciola l'idea illuminista secondo cui «ogni attività creativa connessa all'applicazione giudiziale del diritto è, per la fonte stessa da cui promana, illegittima, fonte di arbitrio e d'incertezza, violazione di diritti e di garanzie»<sup>67</sup>. Viceversa – argomenta ancora Vogliotti, citan-

61. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 380.

62. F. Palazzo, 2018, 5.

63. U. Eco, 1990, 26.

64. F. Palazzo, F. Viganò, 2018, 135.

65. In questo senso, D. Pulitanò, 2015, 53.

66. Secondo la formula di H. G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 382.

67. M. Vogliotti, 2015b, 136.

do altro passaggio di Gadamer – «un sapere generale che non sa applicarsi alla situazione concreta rimane privo di senso, ed anzi rischia di oscurare le esigenze concrete che nella situazione si fanno sentire»<sup>68</sup>.

Alcune telegrafiche notazioni.

La prima è che il padre dell'ermeneutica contemporanea, dopo aver affermato che il compito dell'interpretazione è la *concretizzazione della legge*, cioè *l'applicazione* [corsivi originali] e che così «certo si verifica un perfezionamento creativo della legge, che è riservato al giudice», aggiunge immediatamente dopo che questi «però è sottomesso alla legge esattamente come ogni altro membro della comunità giuridica» e che «l'idea di un ordine giuridico implica che il giudizio del giudice non nasca da un imprevedibile arbitrio, ma dalla giusta valutazione dell'insieme»<sup>69</sup>. Tra ermeneutica giuridica e dogmatica giuridica sussiste «un rapporto costitutivo nel quale l'ermeneutica ha la posizione preminente», poiché «idea di una dogmatica giuridica perfetta, nella quale ogni giudizio sia solo un puro atto di sussunzione, è insostenibile»<sup>70</sup>; il fatto che «l'ordine giuridico sia riconosciuto come valido per ognuno, senza che qualcuno ne sia eccettuato» fa sì che «è sempre possibile inquadrare nella dogmatica giuridica i singoli perfezionamenti e completamenti apportati dalla pratica giudiziaria alle leggi»<sup>71</sup>.

Come dire che lo «scandalo» del perfezionamento creativo è in realtà ricondotto sui binari di una legalità complessiva, costituita da un formante giurisprudenziale stabilizzato che, nella comune sottoposizione alla legge, assicura la prevedibilità della decisione, dunque, la certezza del diritto.

#### 8. LA LINEA INVALIDABILE A DIFESA DEI «PENSIERI DEBOLI»:

##### RISERVA DI LEGGE, SILLOGISMO, «RICONOSCIMENTO» DELL'ANALOGIA

Le ragioni dello scandalo sono altrove: sembrano più di principio ed attinenti a specifici punti teorici. Esse sono ben riassunte nelle critiche mosse da quei teorici dell'ermeneutica giuridica<sup>72</sup> che, pur apprezzando talune aperture della comunità penalistica italiana, ne stigmatizzano la resistenza «ad aprirsi alle tesi fondamentali dell'ermeneutica», individuate innanzitutto nell'idea gadameriana secondo cui i fatti «avrebbero un valore [...] costitutivo del diritto»; poi, nella difesa della validità del modello sussuntivo e sillogistico e, dunque, nel conseguente rifiuto della tesi ermeneutica secondo cui «ogni interpretazio-

68. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 364.

69. Ivi, 382.

70. Ivi, 383.

71. *Ibid.*

72. M. Vogliotti, 2015b, 139 ss., cui si riferiscono i successivi virgolettati del capoverso del testo.

ne procede analogicamente». Ovvi gli effetti: se i fatti *in sé* sono costitutivi del diritto, potrebbe venire meno la possibilità della distinzione tra «interpretazione della fattispecie astratta» ed «applicazione ai casi» e, con essa, ogni validità euristica del sillogismo e dell'operazione di sussunzione. D'altra parte, se è abrogato ogni spazio di logica riconoscibilità tra estensione interpretativa ed interpretazione analogica, ogni ermeneutica della disposizione penale potrebbe risultare analogica, con ogni intuibile conseguenza rispetto al principio di tipicità/legalità.

La riflessione, raggiungendo tali apicalità, sposta il confronto sul piano del metodo. Da parte della penalistica, si muove il rimprovero a questa impostazione ermeneutica di non aver voluto affrontare il nodo problematico essenziale: nella materia penale, è la stessa legge a chiedere all'interprete e al giudice «di *ragionare diversamente*», sulla base, cioè, non di una diversità «di natura» del diritto penale, ma di «diverse regole ermeneutiche» che ad esso sono appunto *legalmente* imposte. Ciò che impedirebbe all'ermeneutica – pigra in tale riflessione e timida in tale confronto – di accreditarsi come una «teoria generale dell'interpretazione» nel diritto penale<sup>73</sup>.

A sua volta, l'ermeneutica, rifiutando tale «accusa», afferma che l'approccio descrittivo rappresenta l'imprescindibile propedeutica all'ispirazione di regole e criteri, ma soprattutto che integra un concettualismo (oltre che un'inversione metodologica) l'assunto secondo cui il diritto penale costituirebbe il (rifiutato) «banco di prova» rispetto alle teorie ermeneutiche, vero essendo il contrario: ed è qui l'aculeo. Si afferma<sup>74</sup> «che è la teoria ermeneutica che deve servire a valutare la fondatezza – e quindi l'effettiva operatività – di regole e principi che non sono il riflesso indiscutibile di un'inesistente natura universale del diritto penale, ma il risultato di precise scelte effettuate in un determinato contesto storico, politico, culturale, e geografico e, come tali, non verità sempiterne ma creature dell'uomo esposte all'erosione del divenire storico». A dover essere ripensati «profondamente e non occasionalmente»<sup>75</sup> non sono i canoni ermeneutici, ma gli stessi fondamenti del diritto penale identificati nei principi di origine illuministico-liberale<sup>76</sup>.

Impossibile incedere nel merito di questo dibattito, già foriero di fecondità per il solo fatto di sussistere. Possibili solo alcune considerazioni.

Innanzitutto, che nei ragionamenti riguardanti il rapporto tra ermeneutica e diritto penale, occorrerebbe eliminare alcuni postulati estremi.

73. M. Donini, 2011, 65, cui si riferiscono i precedenti virgolettati del capoverso del testo. Contro la necessità di «ragionare diversamente» da parte dei penalisti, cfr. F. Palazzo, 2006, 520 ss.

74. M. Vogliotti, 2015b, spec. 142.

75. Così testualmente, G. Zaccaria, 2012, 11.

76. Ivi, 13-5.

Il massimo immaginato, in passato, dal il diritto penale per se stesso – il giudice bocca della legge, solo logico, assolutamente deduttivo ecc. – non esiste più: non solo nella prospettiva concettuale del modello (intesa come sua accettabilità/doverosità teorica, come *Sollen*), ma neppure come pratica culturale (come *Sein*), come adesione *nei fatti*, come convincimento diffuso presso i giudici che interpretano.

Il massimo immaginato dall'ermeneutica per se stessa nel diritto penale – il caso concreto unico *costitutivo* del diritto ed unico preminente, esclusivo formante di tutto il diritto penale, con eliminazione di ogni pensabile *forma* della riserva di legge – non esiste. È difficile credere in una ermeneutica *interamente* creativa ed insieme *interamente* garantista. Esattamente come credere in una riserva di legge quale autosufficiente barriera contro le applicazioni valutative del giudice. Per l'ermeneutica in ambito penale, in breve, è difficile proporsi come ermeneutica assieme “di lotta e di governo”: se il metodo ermeneutico intende provare *anche* a governare, con principi di metodo, non può limitarsi ad auspicare il «ripensamento profondo e sistematico» dei fondamenti del diritto penale stesso ed abbandonare quasi al suo destino questo settore; deve cioè, in qualche modo, collaborare a tale ripensamento, senza scivolare nella deriva scettico-nihilista. Deve evitare il relativismo assoluto sui valori essenziali che un sistema di diritto penale è chiamato a presupporre e che ne costituiscono l'essenza, al di là della variabilità storica.

La linea teorica che, per la penalistica moderna, pare invalicabile è quella che collega i tre presidi all'apparenza irrinunciabili: riserva di legge, sillogismo, divieto di analogia.

Possiamo a lungo discutere su *quanto* oggi essi siano integri e quanto valgano a “difendere” le essenze del diritto penale: ciò che appare difficile accettare è il mettere in questione una loro rinuncia di principio, negando il loro essere *Gestalt* essenziale per i penalisti. Si può affermare che la riserva di legge sia erosa ed in parte svuotata, e che debba essere oggi criticamente intesa: ma senza che ciò induca ad un'agevole rinuncia *di principio* ad essa. Un conto è ritenere che la tipizzazione dei precetti contenuti nelle norme incriminatrici avvenga anche per via interpretativa; altro è ipotizzare che questa sia l'unica forma di tipizzazione immaginabile: perché «quando si versa *in rebus juridicis* disancorarsi dalla forma è semplicemente illusorio»<sup>77</sup>. Ciò è tanto più vero a proposito della riserva di legge in materia penale, rispetto alla quale l'ermeneutica ha dei limiti di interlocuzione; se descrittiva ed oggettiva nel massimo grado, non potrà non prendere atto che, per Costituzione, in materia penale «il formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge» (non lo ha in assoluto, ancor di più nel sistema penale) e che qualunque «disincanto rispetto a mitologie giuridiche non tocca il *dover essere* incorporato (nella Costituzio-

77. M. Gallo, 2011, 109.

ne italiana) nel principio di legalità: riserva di legge e soggezione del giudice alla legge»<sup>78</sup>.

Persino al di là di tali ineludibili argomenti di tipo positivistico, l'ermeneutica moderna non può essere esente da specifiche difficoltà teoriche e di metodo nel postulare la piena e completa fungibilità della incriminazione di origine legislativa e giurisprudenziale. Resta difficile immaginare, teoricamente, una creatività del formante giurisprudenziale che non abbia il suo *best first*, il suo migliore inizio possibile nella ricognizione del formante legislativo; riconoscere che la tassatività «è forse il momento di maggiore difficoltà nel quadro dell'osservanza del principio penalistico di legalità»<sup>79</sup>, non significa dimenticare che essa è pur sempre la misura di determinatezza della norma applicata e che senza quest'ultima è davvero arduo concepire la prima, cioè la garanzia della tassatività: non si tratta di *nuances* solo terminologiche<sup>80</sup>.

Se è ben vero che «non basta auspicare che l'interpretazione sia un rinvenimento di senso ed una operazione avalutativa, perché lo diventi»<sup>81</sup>, è altrettanto indubbia la reciproca: non basta esaltare i profili argomentativi/creativi/valutativi dell'interpretazione per ritenere che essa basti a se stessa e diventi garanzia per il cittadino, pur avendone la pretesa. Esiste un principio di responsabilità per l'ermeneutica, posto che dalla sua scelta di essere puramente agnostica e descrittiva, piuttosto che deontologica e costruttiva, può dipendere la violazione di diritti fondamentali del cittadino. Per quanto debole, la riserva di legge va difesa fino alla fine.

Così, anche per il sillogismo. La protezione concettuale del sillogismo, oggi, si coagula assai poco sull'idea ingenua di una *esclusività* (cui nessuno crede più, neppure i giudici) dello schema decisorio sillogismo/deduzione; al contempo, nella prassi giudiziale, è maturato, culturalmente, il *disvelamento* dell'illogicismo induttivo, vizio secolare, quanto occulto, dello schema stesso.

Se davvero descrittiva di uno stato di cose, l'ermeneutica applicata al diritto penale non dovrebbe avere difficoltà a rilevare come il giudice penale abbia *pienamente* introiettato – culturalmente – il messaggio profetico di Guido Calogero, secondo cui «la vera grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse»<sup>82</sup>. L'interprete operativo (il giudice penale), oggi, ha la completa rappresentazione dell'insidia tipica del meccanismo decisorio deduttivo: quell'iniziale illogicismo induttivo in forza del quale l'interprete “sceglie” le

78. D. Pulitanò, 2015, 48.

79. G. Vassalli, 1994, 321.

80. L. Riscato, 2004, 191.

81. Così, con il consueto splendore del dire, O. Di Giovine, 2012, 270.

82. G. Calogero, 1964, 51.



premesse, razionalizzando *ex post* e dimostrando che il fatto giuridico in esame può essere sussunto sotto la norma generale da applicare, il tutto giustificato con «spietato logicismo deduttivo» come scrive Luigi Lombardi.

È assai verosimile che i giudici, oggi, in ambito di interpretazione penale, abbiano coscienza del peccato di «fallacia razionalistica» (lo stesso che Heck, oltre un secolo fa, chiamava «il peccato dello Spirito Santo» della *Begriffsjurisprudenz*): quello cioè di “trasportare” la giustificazione in forma sillogistica – che è una giustificazione tutta “interna” – a prova della fondatezza delle premesse, la cui opzione sfugge invece, ad una giustificazione in termini logico-formali.

Hanno insomma chiaro che la partita del processo, anche in punto di qualificazione formale delle premesse, si giochi altrove: che, quindi, per dirla con Aarnio, «l'aspetto rilevante al fine di provare la correttezza di una decisione non è che essa sia stata derivata dalle premesse: ciò che è davvero importante è giustificare la scelta delle premesse»<sup>83</sup>.

Avere scoperto queste fallacie della deduzione (ed esserne consapevoli) non è ancora una buona ragione, tuttavia, per dismettere il sillogismo.

C'è innanzitutto un valore politico e giuridico del sillogismo, legato alla prevedibilità della qualificazione. Lo intuisce perfettamente Gadamer, quando afferma che «ogni avvocato ha in linea di principio la possibilità di giudicare secondo giustizia, cioè di prevedere correttamente la decisione del giudice sulla base delle leggi esistenti [...]. Di una tale giusta valutazione è capace chiunque, purché abbia approfondito a sufficienza i fatti»<sup>84</sup>. La sussunzione di un caso concreto nella fattispecie astratta è innanzitutto operazione di democrazia giudiziaria, di possibile verifica *ex ante* ed *ex distantibus*. È il mezzo diretto ed efficace di prevedibilità giudiziaria rispetto a condotte individuali e sociali; è il metodo con cui, *post factum*, la cronaca giudiziaria si filtra in un primordiale controllo tecnico sulla giurisdizione e con cui, *ante factum*, se ne ipotizza il possibile, legittimo intervento. Come è stato detto, si provi «a stabilire la prevedibilità di una possibile qualificazione giuridica di un fatto, per non parlare di una decisione, senza fare un sillogismo»<sup>85</sup>.

C'è poi la diretta inerenza del sillogismo sull'obbligo di motivazione della sentenza penale. Anche i detrattori irriducibili del metodo deduttivo<sup>86</sup> riconoscono che «regna concordia sul fatto che sillogismo e deduzione si riducono a schema il cui rispetto può assicurare tutt'al più l'ordine espositivo del discorso giuridico ai fini di quella giustificazione *ex post* che si compendia nella moti-

83. A. Aarnio, 1977, 57-8, citato, con traduzione italiana, in T. Mazzarese, 1994, 135, nt. 22.

84. H. G. Gadamer (1960), trad. it. 1983, 382.

85. M. Donini, 2017, 113.

86. O. Di Giovine, 2012, 277.

vazione della sentenza (e che permette il successivo controllo sulla coerenza logica, garanzia comunque non trascurabile)». Non trascurabile e neppure fungibile, tanto più considerando almeno altri due profili del meccanismo decisorio.

Il primo è che l'illogicismo induttivo è meccanismo a sua volta superato, nella prassi, nei cosiddetti casi facili<sup>87</sup>. Proprio perché è assolutamente vero che «non c'è dubbio che nella gran parte dei casi non c'è (ancora) bisogno di esplicitare gli snodi concettuali delle teorie pragmatiche e/o ascrivere un senso alle fattispecie penali»<sup>88</sup>, i meccanismi di sussunzione alla fattispecie funzionano in modo irriflesso ed automatico. Si potrà dire che la precomprensione immediata del fatto determina la *precedenza del caso* nell'*iter* del ragionamento giuridico e che il «punto di partenza» sarà sempre il fatto e non la norma<sup>89</sup>; ma sarà solo un gioco di parole (e di tempi) perché, alla fine, la precomprensione *giuridica* di quel fatto originerà dalla precomprensione del paradigma normativo. Se il giudice non sapesse già (e poi non supponesse in) che «*Chiunque cagiona la morte di un uomo, è punito*» o che «*Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito*» a quei fatti non sarebbe minimamente interessato, se non, forse, quale fonte di dispiacere morale: «il diritto non è una realtà naturale»<sup>90</sup>. Il problema è piuttosto “lavorare” sulla cultura dei giudici per implementare la giustificazione esterna (giustificazione della premessa maggiore del sillogismo) e sulla coscienza della sua necessità in relazione alle caratteristiche (complessità/controvertibilità ecc.) della decisione.

Il secondo profilo riguarda la *sedes* e il *quomodo* del giudizio. Giustificare le premesse o spacciarle per ferrea sussunzione logica è mestiere del giudice di merito. Così non avviene nel giudizio di legittimità dove i fatti sono già posti e vale, rispetto ad essi, il *noli tangere*: la qualificazione giuridica (o, se non è troppo blasfemo, la sussunzione alla fattispecie) è già avvenuta. A me pare che il controllo in sede di legittimità circa la correttezza della qualificazione fornita dal giudice di merito involga, imprescindibilmente, il meccanismo sillogistico e viva della sussunzione/deduzione<sup>91</sup>. Qui l'*Hin- und Herwenden des Blickes*, l'«andirivieni dello sguardo» dalla norma al fatto e dal fatto alla norma di cui parlava Engisch è in realtà tra il fatto *già* qualificato e la norma.

87. Sui criteri di delineazione dei quali (ed eventuale contrapposizione ai “casi non facili”) non c'è purtroppo spazio in questa sede per argomentare.

88. Ancora, *iuxta propria principia*, O. Di Giovine, 2012, 271.

89. U. Neumann, 2013, 83 ss.

90. L. Ferrajoli, 2016, 23 ss.

91. Tema al quale sono dedicati numerosi studi; tra i molti F. Iacoviello, 2013.

9. CONSIDERAZIONI FINALI: QUALCHE RIFLESSIONE (ED ALCUNI DUBBI)  
SULL'ATTUALITÀ ITALIANA

La crisi della fattispecie penale è crisi inoculata dai postulati del metodo ermeneutico, ma anche emergenza del sistema penale, in esito alla creazione e all'operatività di più sistemi interagenti.

Il problema dell'interpretazione va letto in questa doppia filigrana: in chiave tanto diacronica (superamento del modello illuminista attraverso la "scoperta" della creatività ermeneutica) che sincronica (esame di ciò che ha sostituito quel modello).

Nella chiave sincronica, il fenomeno forse più eclatante è che oggi, anche in ambito penale, sta prevalendo un fenomeno di interpretazione diffusa. Il sintagma «diritto vivente» viene inteso e strutturato in un certo modo dalla Corte costituzionale, in altro da parte della CEDU, in altro ancora dalla Corte di Lussemburgo; viene vissuto in un certo modo dal giudice della nomofilachia e in un altro, ancora, dal giudice di merito. La percezione, poi, di cosa sia «diritto vivente» presso la comunità sociale muta a secondo dei vettori di percezione della comunicazione di massa. Lo stesso valore giuridico-normativo, la stessa fattispecie viene letta secondo prospettive (di contesto decisionale, di ruolo dell'organo giudicante, di scopo del giudizio) completamente differenziate. Il pluri-livello delle interpretazioni in senso orizzontale (persino al di là dei vincoli in senso verticale e formale) pone quesiti profondi: se questa pluralità di letture conduca ad una sintesi, ad un approdo di tendenziale certezza del diritto; se tutto questo è negativo.

Che il diritto penale abbia necessità di una continua attualizzazione e modernizzazione della fattispecie, di una sua "flessibilità" è fuor di dubbio. Lo sa anche il legislatore allorquando, anche nelle disposizioni di incriminazione, inserisce, ad esempio, i *Wertbegriffe*, elementi (anche) normativi «la cui integrazione non è dal legislatore demandata ad una *legge* extrapenale, ma ad un *criterio di valutazione* di tipo socio-culturale»<sup>92</sup>. Sono questi gli «organi respiratori» della norma penale, «in grado di assicurare la sopravvivenza stessa della fattispecie incriminatrice al mutare dei costumi e della cultura»<sup>93</sup>.

Anche assai di recente, le Sezioni Unite della Cassazione hanno insegnato<sup>94</sup> che andare *oltre* la letteralità del testo «non è vietato» né dall'art. 12, comma 1°, delle preleggi né «dai principi generali che regolano la ricostruzione degli

92. Così L. Risicato, 2004, 193, richiamando sul punto F. Bricola, 1965, 159.

93. L. Risicato, 2004, cui si deve la bella metafora del Maestro milanese, tratta da G. Marinucci, 1961, 512.

94. Sez. Un., n. 8770 del 21 dicembre 2017, rv. 272176, Mariotti; in tema di colpa medica in rapporto alle raccomandazioni contenute nelle linee guida definite e pubblicate ai sensi dell'art. 5 della legge 8 marzo 2017, n. 24 (cosiddetta legge Gelli Bianco).

elementi costitutivi dei precetti», evincendosi da tale plesso normativo «un solo vincolante divieto per l'interprete, che è quello riguardante l'andare "contro" il significato delle espressioni usate, con una modalità che sconfinerebbe nell'analogia, non consentita nella interpretazione del comando penale».

Non voglio discutere il criterio (ad esempio: oltre = estensione; contro = analogia: anche perché la Cassazione non l'ha spiegato), né la concreta applicazione nel caso di specie. Interessante, piuttosto, notare che, se si può accettare l'idea di andare anche *oltre* il testo, occorre capire il limite di tale valico. Una traccia di metodo può essere costituita dalla coerenza del percorso ermeneutico che «oltrepassa» il testo senza tradire la «causa normativa» propria dell'incriminazione penale. Sul punto, sono ancora attuali le raffinate e suggestive affermazioni di Giuliano Vassalli, trasfuse nella sentenza della Corte costituzionale n. 89 del 1996:

Ogni tessuto normativo presenta, quindi, e deve anzi presentare, una "motivazione" obiettivata nel sistema, che si manifesta come entità tipizzante del tutto avulsa dai "motivi", storicamente contingenti, che possono avere indotto il legislatore a formulare una specifica opzione; ne segue che ogni giudice (la Corte costituzionale, quando chiamata ad esprimersi sulla "ragionevolezza" della norma in funzione dell'eventuale violazione del principio di eguaglianza; il giudice comune, quando chiamato ad interpretare per applicazione e concretizzazione della norma) è sollecitato ad un apprezzamento di conformità tra la regola introdotta e la "causa" normativa che la deve assistere.

Forse, l'andare *oltre* il testo trova limite nel rispetto logico ed assiologico con la «causa normativa» della disposizione data («motivazione obiettivata nel sistema») e, con essa, con il suo oggetto giuridico: a chiederlo, in via generale, è, oltre il metodo, anche l'impostazione costituzionale del diritto penale di tipo oggettivistico, secondo la quale rileva il disvalore del fatto e della condotta (non dell'autore) in quanto lesive o foriere di pericolo di un determinato bene, di un determinato oggetto<sup>95</sup>.

Ben può ammettersi l'andare oltre il testo, alla condizione che siano chiari e dichiarati percorsi ed obiettivi in ragione della causa normativa della disposizione *interpretanda*: ciò che consente di anteverne un ventaglio ampio dei possibili esiti ermeneutici di quella disposizione e di prevedere, ai fini della certezza delle libere azioni, la decisione.

Questo lavoro è stato svolto in Italia, in passato, dalla magistratura di merito: ciò che Massimo Donini ha indicato «diritto penale di lotta»; Domenico Pulitanò «autoritarismo ben intenzionato della giurisprudenza»<sup>96</sup> e Giovan-

95. D. Pulitanò, 2005, 39.

96. *Ibid.*

ni Fiandaca «legalità penale di tipo estensivo-additivo»<sup>97</sup> in un ruolo «antagonistico della magistratura»<sup>98</sup>.

In realtà, sempre più raramente, oggi, la magistratura di merito di sponda penalistica si spinge nella terra *dell'oltre* e coltiva ambizioni qualificatorie di frontiera o inedite.

Quel ruolo è svolto oggi dal giudice di legittimità, che surroga, in maniera inedita, una sorte di inerzia del merito. Tuttavia, il dinamismo non si sposa bene, di primo acchito, con la nomofilachia. L'«ordine» della giurisprudenza, l'assetto di stabilizzazione in funzione della prevedibilità delle decisioni, l'abolizione dei contrasti sincronici (anche interni alla medesima sezione) è proprio di una funzione nomofilattica, regolatrice. Difficile con tale funzione conciliare i numeri e, nell'oceano dei ricorsi, fluttuare dinamicamente anche nell'aggiornamento ermeneutico e nella (lecita) sperimentazione interpretativa. In tal modo, la Cassazione, molto più dei giudici di merito, è divenuta l'interlocutore sociale della giurisdizione penale: le attese sociali della decisione *giusta* non sono più verso la base (i tribunali) ma verso il vertice. Tale mutamento dei tempi, forse non del tutto negativo, deve tuttavia conciliarsi con la funzione istituzionale, che è quella di rendere stabile la giurisprudenza, di liberare dall'incertezza, di surrogare l'ormai precaria certezza della legge con la stabilità dei precedenti.

Nella moltiplicazione di giudici e giurisdizioni e nella proliferazione di modelli di interpretazioni (costituzionalmente orientata; convenzionalmente orientata; eurounitaria ecc.) e con un principio di prevedibilità della decisione che va a sostituire (integrare?) quello di conoscenza/certezza della legge astratta, occorre che, prima ancora degli strumenti normativi, si intraveda una consapevolezza culturale del problema in capo ai giudici.

#### RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- AARNIO AULIS, 1977, *On Legal Reasoning*. Finland Turku Yliopisto.
- AMARELLI GIUSEPPE, 2018, «Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?». *Rivista italiana di diritto e procedura penale* fasc. 3: 1406-46.
- BRICOLA Franco, 1965, *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*. Giuffrè, Milano.
- CADOPPI Alberto, 2005, «Riflessioni sul valore del precedente nel diritto penale italiano». In G. Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, 123-62. Cedam, Padova.
- ID. (a cura di), 2010, *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the Criminal Law*. Giuffrè, Milano.

97. «sulla base di interpretazioni teleologiche volte a cavare dalle norme incriminatrici il massimo della punibilità»: G. Fiandaca, 2002a, 7.

98. G. Fiandaca, 2002b, 25.

- ID., 2014, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità penale*. Giappichelli, Torino.
- CALOGERO Guido, 1964, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. Cedam, Padova.
- COCCO Giovanni, 2016, *Per un manifesto del neoilluminismo liberale*. Cedam, Padova.
- DE LUCA G., 1992, «Profilo storico del libero convincimento del giudice». In *Il principio del libero convincimento del giudice nel nuovo processo penale*. Quaderni del CSM, Roma.
- DI GIOVINE Ombretta, 2006, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2012, «Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale». *Criminalia*: 267-84.
- DONINI Massimo, 2003, «Un nuovo medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico». *Cassazione Penale*, 6: 1808-22.
- ID., 2011, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*. Giuffrè, Milano.
- ID., 2014a, «Interpretazione delle leggi (Dei delitti e delle pene, § IV)». *Il diritto penale del XXI secolo*, 2: 245 ss.
- ID., 2014b, *Il diritto penale come etica pubblica*. Mucchi, Modena.
- ID., 2017, «Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo». In A. Cadoppi (a cura di), *Cassazione penale e legalità*, 77-122. Dike, Roma.
- DWORKIN Ronald, 1977, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge (trad. it. *I diritti presi sul serio*. Il Mulino, Bologna 2010).
- ECO Umberto, 1990, *I limiti dell'interpretazione*. Bompiani, Milano.
- FARIAS Domenico, 1990, *Interpretazione e logica*. Giuffrè, Milano.
- FERRAJOLI Luigi, 2016, «Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale». *Ars interpretandi*, 2: 23-44.
- FIANDACA Giovanni, 2002a, «La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale». In Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*. Cedam, Padova.
- ID., 2002b, «Il giudice fra giustizia e democrazia nella società complessa». In Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*. Cedam, Padova.
- ID., 2017a, *Prima lezione di diritto penale*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2017b, «Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia». *Cassazione Penale*: 13.
- GADAMER Hans Georg, 1960, *Warheit und Methode*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*. Bompiani, Milano 1983).
- GALLO Marcello, 2011, «C'è un fantasma». In Id., *Moralité*, 109-14. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- GROSSI Paolo, 2003, *Prima lezione di diritto*. Laterza, Roma-Bari.
- ID., 2009, «Tra fatto e diritto». *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 38: 1899-912.
- IACOVIELLO Francesco Mauro, 2013, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*. Giuffrè, Milano.

- LOMBARDI Luigi, 1975, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Giuffrè, Milano.
- MANES Vittorio, 2018, «Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica»». *Cassazione penale*, 6: 2222-49.
- MARINUCCI Giorgio, 1961, «Consuetudine (dir. pen.)». In *Enciclopedia del diritto*, IX, 502-13. Giuffrè, Milano.
- MARINUCCI Giorgio, DOLCINI Emilio, 2001, *Corso di diritto penale*. Giuffrè, Milano (III ed.).
- MAZZARESE Tecla, 1994, «Logica giuridica». In *Digesto delle discipline privatistiche*, XI, 131-7. Utet, Torino.
- NEUMANN Ulfrid, 2013, «Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola». *Ars interpretandi*, 1: 82-100.
- NIETZSCHE Friedrich, 1992, *La Gaia Scienza e Idilli di Messina*. Adelphi, Milano.
- ORRÙ Giovanni, 1988, «La logica del ragionevole nel processo di convincimento del giudice». *Jus*, 1: 6-18.
- PADOVANI Tullio, 2002, *Diritto penale*. Giuffrè, Milano (VI ed.).
- PALAZZO Francesco, 2006, «Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica». In E. Dolcini, C. E. Paliero (a cura di), *Scritti in onore di G. Marinucci*, 515-38. Giuffrè, Milano.
- ID., 2018, «Legalità fra *law in the books* e *law in action*». *Diritto penale contemporaneo*, 3: 4-12.
- PALAZZO Francesco, VIGANÒ Francesco, 2018, *Diritto penale. Una conversazione*. Il Mulino, Bologna.
- PALIERO Carlo Enrico, 2014, «Il diritto liquido. Pensieri post-delmāsiani sulla dialettica delle fonti penali». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3: 1099-132.
- PULITANÒ Domenico, 2005, «Principio di legalità ed interpretazione della legge penale». In G. Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, 27-44. Cedam, Padova.
- ID., 2015, «Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge». *Diritto penale contemporaneo*, 2: 46-54.
- ID., 2017, «Diritto penale e tecniche interpretative: l'interpretazione conforme a Costituzione e il ruolo ‘creativo’ del giudice». In I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, 65-84. Giuffrè, Milano.
- RISICATO Lucia, 2004, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*. Giuffrè, Milano.
- SOTIS Carlo, 2007, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*. Giuffrè, Milano.
- VASSALLI Giuseppe, 1994, «Nullum crimen nulla poena sine lege». In *Digesto delle discipline penalistiche*, VIII, 278-328. Utet, Torino.
- VIOLA Francesco, 2015, «Il diritto come arte della convivenza civile». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 57-73.
- VOGLIOTTI Massimo, 2007, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*. Giappichelli, Torino.
- ID., 2011, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*. Giappichelli, Torino.

PIERO GAETA

- ID., 2015a, «Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea». *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 89-106.
- ID., 2015b, «Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna». *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 44: 131-81.
- ID., 2016, «Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi». *Diritto penale contemporaneo*: 1-18.
- ZACCARIA Giuseppe, 1991, «Sul concetto di positività del diritto». In Id. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, 329-58. Giappichelli, Torino.
- ID., 2012, *La comprensione del diritto*. Laterza, Roma-Bari.