

ULFRID NEUMANN

Sussunzione come decisione di un caso orientata a una regola*

ABSTRACT

The paper investigates the concept of «legal subsumption» and is divided in four parts. After pointing out the ambiguity of such expression (1), it criticizes its traditional meanings since they start from the premise, which is not grounded on the experience, that in the legal decision rules and facts are pre-built (2). The paper argues for a minimalist conception of «legal subsumption», understood as legal rule-oriented decision of a fact; indeed, according to such conception, legal rules and facts are dialectically interrelated in decision-making (3). Nevertheless, a genuine legal subsumption can occur only in the application of typical legal rules; in the other cases (legal principles, undetermined legal concepts) one can speak of «subsumption» only in the broad sense of the word (4).

KEYWORDS

Subsumption – Rule-Oriented Decision – Rule/Fact Dialectic – Legal Hermeneutics – Legal Rules/Principles.

1. LA SUSSUNZIONE – UNA FIGURA AMBIGUA

Nella teoria del diritto recente, il «modello della sussunzione» gode di una reputazione piuttosto dubbia. Esso viene in parte associato all'idea del giudice come «automa della sussunzione», secondo la quale egli si limiterebbe a espellere nel «vassoio» le decisioni già da prima implicitamente inserite sotto forma di norma giuridica e di fatto storico¹. La sfiducia ampiamente mostrata nei confronti di questo modello si esprime in modo chiaro nel concetto corrente di «ideologia della sussunzione»², con il quale si scredita in modo

* Traduzione dal tedesco di Gaetano Carlizzi. Il testo tradotto costituisce una versione ridotta del lavoro *Subsumtion als regelorientierte Fallentscheidung*, pubblicato in *Subsumtion. Schlussbegriff der Juristischen Methodenlehre*, hrsg. von Gottfried Gabriel, Rolf Gröschner, 311-34. Mohr Siebeck, Tübingen 2012. Si ringrazia sentitamente il Prof. Dr. Dr. h.c. Ulfrid Neumann per averla autorizzata.

1. Critico su questo modello, che, nella contrapposizione tra «Stato legale» e «Stato giudiziario», viene associato al primo concetto («Nel teatro dello Stato legale, i giudici figurano come automi della sussunzione»), W. Hassemer, 2007, 236. Per un'analisi storico-concettuale differenziata, cfr. R. Ogorek, 1986.

2. Riferimenti in J. Vogel, 1998, 175.

retorico il concetto di sussunzione di un caso sotto una norma giuridica. Se e in che misura questa sfiducia sia giustificata, dipende naturalmente dal senso attribuito ai concetti di «sussunzione» e di «modello della sussunzione»³.

A tal riguardo, gli scettici hanno ragione a ritenere indifendibile un *modello deterministico*, rappresentato metaforicamente dall'immagine dell'automa della sussunzione. Malgrado oggi questo punto non sia più dibattuto, il modello riveste pur sempre una funzione euristica come punto di riferimento virtuale della discussione. Le ragioni della sua insufficienza devono essere pertanto brevemente riassunte (*infra*, par. 2). Intesa in senso più debole, quale vincolo della decisione a una regola, la sussunzione risulta invece costitutiva della prassi giudiziale, così come dell'attività di preparazione della decisione, svolta dalla scienza giuridica. Questa è la tesi centrale del presente scritto (par. 3). Bisognerà mostrare, inoltre, che anche questo vincolo alla regola può essere inteso sia in senso forte sia in senso debole, e che il postulato di un vincolo «forte» alla regola non può essere accolto in termini assoluti (par. 4).

2. IL MODELLO VIRTUALE DEL DETERMINISMO SUSSUNTIVO

Se si intende la sussunzione come un processo determinato da una legge e da un fatto, definito nel risultato, allora si presuppone che: 1) la norma giuridica sia predata, 2) il caso sia anch'esso predata e 3) vi sia un rapporto di derivazione per il quale la decisione costituisce una conseguenza cogente della norma e del fatto. Oggigiorno è largamente riconosciuto che i primi due presupposti, da un punto di vista gnoseologico, difficilmente possono essere tenuti fermi; il terzo, invece, è dibattuto.

2.1. *Necessità di produzione [Herstellung] della norma*

Plurivocità dei risultati interpretativi

Attualmente, a quanto pare, l'idea che la norma necessaria per la decisione di un caso sia sempre predata al soggetto che applica il diritto, cioè che non debba essere prodotta da costui, non è più sostenuta esplicitamente. Essa, tuttavia, è implicata nell'idea che l'interpretazione si limiti a portare alla luce il contenuto

3. Qui la terminologia è alquanto disomogenea. Da un canto, si accosta la sussunzione alla «inferenza sussuntiva giuridica» (N. Horn, 2011, n. marg. 166; P. Mastronardi, 2003, n. marg. 660; K. F. Röhl, H. C. Röhl, 2008, 132; con alcune differenze, J. Vogel, 1998, 173), d'altro canto, si distingue tra inferenza sussuntiva come insieme e sussunzione come parte costitutiva della premessa minore (K. Engisch, 2010, 96, n. 23). Secondo Rüthers, il concetto indica «i processi logici che stabiliscono la correlazione tra vicenda umana e norma giuridica»; questi percorsi si «compongono di passi logici numerosi e spesso complicati» (B. Rüthers, C. Fischer, 2010, n. marg. 677).

di senso della legge, pensato come predato. Una tale idea cede alla suggestione del concetto: «È già nell'immagine dell'interpretazione [*Auslegung*] che trova espressione la visione deterministica: il "soggetto che applica il diritto" si limita a esporre [*auslegt*] ciò che già da prima era presente nel testo»⁴. Sennonché, già nel quadro di una visione tradizionale dell'applicazione giuridica, orientata alla «interpretazione» della legge, la concezione secondo cui la norma necessaria per la decisione di un caso sarebbe sempre predata, e dovrebbe essere soltanto riconosciuta dal giudice, non è sostenibile quale posizione meditata di teoria del diritto. In ogni caso, essa fallisce a causa della *pluralità dei metodi interpretativi*, i quali conducono a diversi risultati, quanto meno in una moltitudine di casi. Persino quegli autori che ritengono possibile, per mezzo di regole di preferenza, istituire determinate relazioni di priorità nella sfera dei vari criteri di interpretazione riconoscono l'impossibilità di ricondurre tutti questi criteri a un ordine gerarchico vincolante⁵.

«Applicazione» nel senso di modificazione della norma?

Quanto detto non esclude che la regola necessaria per la valutazione giuridica di un caso possa essere tratta letteralmente e compiutamente da un testo di legge. Se il giudice ha accertato che il convenuto, nel traffico stradale, ha superato l'attore a destra, una violazione risulta immediatamente dal tenore letterale della legge (§ 5 Abs.1 StVO), la quale così statuisce: «Si deve superare a sinistra». Anche in questo caso, tuttavia, l'attività di formulazione della norma rilevante da parte del giudice non si esaurisce nella parafrasi del testo di legge. Egli si deve assicurare, infatti, che non sussista alcuna eccezione, dunque, ad esempio, che non venga in rilievo la regola che prescrive di superare a destra chi abbia segnalato la propria intenzione di svoltare a sinistra e si sia diretto in quel verso (§ 5 Abs.7 Satz 1 StVO). Egli deve accertare, inoltre, che la disposizione sia in vigore, dunque adottata nelle forme prescritte da norme giuridiche di rango superiore e via dicendo.

D'altro canto, una formazione della regola [*Regelbildung*] da parte del giudice non è necessaria. Per accertare, in base al tenore letterale della legge, che sussiste una violazione della norma, basta la competenza linguistica del *native speaker*. Questo dato va sottolineato, perché, talvolta, persino i giuristi più provveduti in teoria della conoscenza sostengono che «i giudici conformano e perfezionano il diritto a ogni applicazione della norma astratta al fatto

4. R. Christensen, H. Kudlich, 2001, 27. Haft indica la concezione di Savigny, secondo cui tramite l'interpretazione verrebbe «portato alla luce, e così reso accessibile, ciò che è racchiuso nella parola», come la «posizione fondamentale» che si è conservata fino a oggi (F. Haft, 1975, 477, 481, che rinvia a F. C. von Savigny, 1840, 216).

5. Esemplare R. Alexy, 1996, 303 ss.

concreto»⁶. Ciò è corretto a condizione di intendere *estensionalmente* la norma giuridica, e di caratterizzare l'estensione come funzione dei casi *effettivamente ricondotti* [zugeordnet] a tale norma nella prassi del diritto. Se si intende la norma giuridica intensionalmente, come significato di una proposizione normativa, allora non si può dire che, in questi casi, la norma venga modificata attraverso la sua «applicazione».

Sennonché, tali costellazioni costituiscono l'eccezione, non la regola. A esse possono esser contrapposte numerose ipotesi in cui la formulazione della legge non può servire come formulazione della regola necessaria per la decisione del singolo caso, sicché si impone la formazione di *regole supplementari*. Che qui si tratti di formazione (e non semplicemente di riconoscimento) di regole, non è seriamente contestabile (cfr. *amplius infra*, *Formazione della norma di decisione*).

2.2. Necessità di produzione del fatto

Come (di regola) la norma, così anche il *fatto* da sussumere in essa non è predato al giudice. Certo, se si va oltre certe posizioni costruttiviste radicali, si può affermare senz'altro che un determinato accadimento effettivo è predato alla decisione del giudice. Ma questa «*vicenda umana* [Lebenssachverhalt]» non è suscettibile di sussunzione, giacché non è afferrata linguisticamente, e pertanto non può essere ricondotta alla regola giuridica, che è accessibile soltanto nella sua veste linguistica⁷. In questo senso, come è stato spesso sottolineato, il giudice deve produrre anche il caso (cfr. *amplius infra*, *Produzione del fatto giuridico*). Questa *produzione del caso* costituisce per due ragioni una prestazione creativa del giudice, che va oltre la mera riproduzione. Da un lato, il confine tra circostanze del caso rilevanti e non rilevanti corrisponde alla struttura della «ipotesi normativa»; se la norma da applicare non è stabilita, lo stesso vale anche per il «profilo» giuridico della vicenda umana. Dall'altro lato, è già nell'«accertamento» del fatto (non solo nella sua valutazione giuridica) che spesso si inseriscono interpretazioni dipendenti dalle categorie dominanti nella personalità del giudice. Ad esempio, la questione se l'autore di un «omicidio-suicidio» fallito abbia effettivamente creduto di agire per il bene della vittima ingenua (in tal caso la giurisprudenza escluderebbe l'elemento della «perfidia», costitutivo della fattispecie di Assassinio [Mordmerkmal]⁸) è una

6. R. Ogorek, 2010, 167.

7. In termini diversi, ad esempio, K. Engisch, 2010, 105 n 35, sulla base di un'accezione estensionale di sussunzione. Tuttavia, anche su questa base, per decidere se il fatto concreto rientri nell'estensione della norma, è necessario che esso venga formulato linguisticamente e in riferimento alla norma stessa.

8. BGHSt 9, 385, 390.

questione di interpretazione del fatto, non già di accertamento di circostanze fattuali predate.

2.3. Inadeguatezza del sillogismo come modello di motivazione

Problematica è, infine, l'idea secondo cui, nel modello della sussunzione intesa come sillogismo⁹, la decisione «seguirebbe» dalle premesse in un senso rilevante dal punto di vista della teoria della decisione o dell'argomentazione. Ovviamente, nel caso di corrispondenza tra formulazione delle premesse e della conclusione, vi è un rapporto di consequenzialità. Se si affermano le premesse, non è logicamente possibile negare la conclusione.

D'altro canto, se si nega la conclusione, è ben possibile non affermare entrambe le premesse. Dal punto di vista logico, sarebbe altrettanto corretto concludere dalla negazione della conseguenza giuridica alla negazione della premessa maggiore o di quella minore. Se l'imputato A ha commesso un Assassinio (in modo antigiuridico e colpevole) e *non* deve essere punito con l'ergastolo, allora non *tutti* gli autori di un Assassinio devono essere puniti con l'ergastolo. Oppure: se tutti gli autori di un Assassinio devono essere puniti con l'ergastolo e l'imputato A non deve essere punito con l'ergastolo, allora costui non ha commesso alcun Assassinio¹⁰. Ciò significa: se si ricostruisce la sussunzione secondo il modello del sillogismo, si perde di vista il momento dinamico, graduale, che caratterizza tanto il processo di decisione quanto la motivazione di quest'ultima. Una ricostruzione come quella in esame non è di certo erronea, eppure contribuisce solo in piccola misura a fare luce sulla struttura dell'argomentazione giuridica¹¹.

3. UN MODELLO ALTERNATIVO: SUSSUNZIONE COME DECISIONE DI UN CASO ORIENTATA A UNA REGOLA

3.1. Regola e caso come elementi dell'attività di giudizio del giudice

In opposizione a tali modelli pretenziosi, qui di seguito sarà discusso e sostenuto un *concetto minimalista di sussunzione giuridica*. La relativa tesi è che il

9. Riferimenti in U. Neumann, 1986, 35; cfr. inoltre, ad esempio, C. Bäcker, 2008, 286 ss., nonché 2009, 404 ss. (e n 3).

10. Per comprendere questo esempio, va ricordato che, nel codice penale tedesco (StGB), sono previste due fattispecie-base consistenti nell'uccisione volontaria di un uomo: l'Assassinio [*Mord*] (§ 211) e l'Omicidio [*Totschlag*] (§ 212). Esse si distinguono perché, nella prima, l'uccisione è commessa per motivi (ad es. per avidità) o in modi (ad es. con perfidia) particolarmente gravi, sicché, di regola (salvi cioè i casi ex § 212 Abs.2), soltanto la prima è punibile con l'ergastolo [N.d.T.].

11. Per una critica, cfr., ad esempio, R. Gröschner, 1982, 210 e *passim*. Più in dettaglio, U. Neumann, 1986, 19 ss.

nucleo irrinunciabile del modello della sussunzione giuridica risieda nel principio dell'orientamento a una regola del soggetto applicante (pratico o scienziato del diritto). Dunque, con Kant, per «sussunzione» si intende la subordinazione a una regola: «Se l'intelletto in generale viene inteso come la facoltà delle regole, il Giudizio è la facoltà di *sussumere* sotto regole, ossia di distinguere se qualcosa stia o non sotto una data regola (*casus datae legis*)»¹².

Da ciò consegue che una decisione deve essere in linea di principio rappresentabile come il risultato dell'applicazione di (almeno) una regola giuridica vigente¹³. D'altro canto, si dovrà mostrare che persino questo principio minimale non è sostenibile in termini assoluti. Talora, infatti, non è possibile formulare una *regola di decisione* da cui segua il risultato; in tali casi, il giudice si deve accontentare di indicare *regole di rilevanza* che forniscono argomenti favorevoli e contrari alla decisione, e motivare quest'ultima con una ponderazione degli argomenti rilevanti, il risultato della quale non è a sua volta predeterminato da regole (cfr. *infra*, *Regole di rilevanza*).

3.2. La preminenza del caso

Nelle rappresentazioni correnti della sussunzione giuridica, la formulazione del caso appartiene alla premessa minore del «sillogismo giuridico»¹⁴. Questa successione di descrizione della norma (*premissa maggiore*) e descrizione del fatto (*premissa minore*) non può essere (fra)intesa come l'indicazione della successione temporale dei passi compiuti dal giudice per giungere alla decisione. Il punto di partenza dell'attività decisionale del giudice non è la norma, bensì il fatto, al quale viene associata, inizialmente a titolo di tentativo, una determinata conseguenza giuridica.

Ciò deriva dalle condizioni istituzionali dell'attività del giudice. Egli non è tenuto a escogitare casi adatti a norme predate, bensì a trovare norme adatte a vicende umane predate (nonché ai «casi» che egli deve costruire a partire da queste ultime). Quanto alla fonte dalla quale i fatti vengono predati (attore, ricorrente, accusatore), essa è stabilita dal diritto processuale. È solo in casi rari che la Corte si può limitare a dare risposta a una questione giuridica astratta¹⁵.

12. I. Kant, 1968, B 171, A 132 (corsivo nell'originale).

13. R. Alexy, 1996, 273 ss.

14. Rappresentazione classica in K. Engisch, 1963, 7 ss. Inoltre, cfr. (con differenze di dettaglio) R. Alexy, 1996, 273 ss.; e H. J. Koch, H. Rüßmann, 1982, 48 ss.

15. Così, ad esempio, nel procedimento di rinvio interpretativo [*Vorlageverfahren*] ex §§ 121 Abs.2 GVG e 132 GVG. Nel procedimento di revisione, invece, il riferimento al caso è affievolito, nella misura in cui la Corte competente, stando alle indicazioni delle leggi processuali, può esaminare soltanto se, nella decisione del caso, sono state tenute presenti tutte le regole giuridiche rilevanti (limitazione alla *quaestio iuris*, messa in parentesi della *quaestio facti*). Tuttavia, anche qui la decisione è rivolta a un caso concreto, che viene risolto in modo eventualmente

Nella recente letteratura teorico-giuridica, questa *preminenza del caso* viene giustamente evidenziata¹⁶. Tuttavia, tenuto conto del diffuso scetticismo post-moderno della regola, in questa sede va aggiunto che il caso costituisce, sì, il *punto di partenza*, ma non il *criterio* dell'attività decisionale del giudice. Esso è il punto di riferimento, non il latore della normatività giuridica. Il criterio normativo per la decisione del caso è piuttosto costituito dalle regole (norme) del diritto.

3.3. Produzione del caso e formazione della norma di decisione

Produzione del fatto giuridico

Il fatto giuridicamente rilevante (cioè il caso) che il giudice deve decidere in base a una norma giuridica non è un'entità predata, bensì un costrutto. Predato è solo la vicenda umana, la quale è supercomplessa e perciò non integralmente descrivibile (sul punto, cfr. già *supra*, par. 2.2.). Affinché la vicenda umana (l'avvenimento reale in tutti i suoi dettagli) possa esser decisa, essa deve divenire decidibile per mezzo di una ricostruzione astrattiva. Questo significa due cose. Da un lato, bisogna enucleare gli elementi rilevanti della vicenda; il giudice deve profilare la «*struttura di rilevanza*» del fatto. Dall'altro lato, si tratta di *interpretare* l'avvenimento, nella misura in cui bisogna ricostruire non solo processi meccanici, ma anche interazioni sociali (sul secondo punto, cfr. già *supra*, par. 2.2.).

Quali elementi della vicenda umana siano rilevanti per la decisione giudiziale e quali non lo siano, risulta dalla regola giuridica in base alla quale il caso deve essere deciso. Al riguardo, rilevanti sono le circostanze che si possono ricondurre a un elemento di fattispecie di questa regola, oppure sono significative per la determinazione della conseguenza giuridica. Per «regola» si deve intendere qui, non già il testo di legge, né la norma generale in esso formulata, bensì la regola giuridica più concreta, tipicamente richiesta per la decisione.

Ad esempio: se una persona con il porto d'armi ordina in un locale notturno una bottiglia di champagne, con l'intenzione di scolarsela e di fuggire subito dopo senza pagare il conto, per la questione della punibilità è irrilevante se egli avesse con sé l'arma. Diversamente starebbero le cose se la stessa persona sottraesse una bottiglia di champagne da un supermercato. Infatti, è solo nel caso di Furto (§ 242 StGB), non anche in quello di Truffa (§ 263 StGB), che il porto di un'arma integra una fattispecie aggravata (§ 244 I Nr. 1a StGB). In altre parole, è solo nel primo caso che il porto dell'arma con sé appartiene al fatto giuridicamente rilevante.

conclusivo (cfr., tra gli altri, il § 354 Abs.1, Abs.2 Satz 2 StPO), e comunque in vista dell'ulteriore trattazione processuale.

16. R. Gröschner, 2005, 203; J. Lege, 2008, 208 s.

D'altro canto, com'è ovvio, la selezione della regola giuridica che viene in considerazione dipende in modo determinante dalla configurazione della vicenda umana. Questa interazione tra costituzione del caso riferita alla norma e selezione (e concretizzazione) della norma rilevante riferita al caso è stata designata da Karl Engisch con la formula, tanto perspicua quanto felice, dell'«andirivieni dello sguardo»¹⁷. Nella terminologia dell'ermeneutica, essa trova espressione nell'immagine del circolo ermeneutico¹⁸ ovvero della spirale ermeneutica¹⁹.

Come già rilevato, quali elementi della vicenda umana siano normativamente rilevanti, ed entrino perciò nella formazione del caso, non dipende (solo) dalla norma formulata nel testo di legge, bensì dalla regola giuridica concreta da utilizzare per la decisione. Questo significa che le strutture di rilevanza di una vicenda umana possono essere soggette al *mutamento storico* pur in mancanza di cambiamenti del testo normativo. Così, secondo la visione attuale della disciplina della locazione, l'appartenenza dell'inquilino a un certo gruppo etnico è irrilevante. Diversamente stanno le cose nelle epoche in cui l'ideologia razzista domina anche nel campo del diritto. In quest'ultima situazione può accadere che l'identità ebraica venga considerata dalle Corti come una ragione giuridica per negare la possibilità di invocare le norme poste a tutela dell'inquilino²⁰. Anche in questo caso, tuttavia, l'asserita struttura di rilevanza del fatto deve essere messa in corrispondenza alla norma effettivamente impiegata. La Corte deve formulare *in concreto* una norma giuridica che indichi l'appartenenza etnica del conduttore quale elemento di fattispecie. Dunque, persino in questo caso estremo, l'uso arbitrario del diritto va compreso dentro una regola giuridica, la quale risulta esposta (sia pure in modo piuttosto teorico, data la cecità ideologica del sistema giuridico del relativo stato totalitario) alla critica della scienza del diritto e dell'opinione pubblica.

Formazione della norma di decisione

Quale regola sia necessaria per la decisione di un caso, dipende dalla struttura di rilevanza (della vicenda umana) che il soggetto applicante ha selezionato in sede di costruzione del «caso». Gli elementi della fattispecie normativa devono corrispondere alle circostanze giuridicamente rilevanti di quest'ultimo.

Ad esempio: secondo la giurisprudenza più risalente della Corte federale di

17. K. Engisch, 1963, 15; adesivamente, tra gli altri, L. Kuhlen, 1992, 101; M. Pavcnik, 2011, 157; J. Vogel, 1998, 19, 176; B. Rüthers, C. Fischer, 2010, nn. margg. 658 ss.

18. Arth. Kaufmann, 1993, 25, 51 e *passim*.

19. W. Hassemer, 1968, 101 ss.

20. Sul punto, cfr. U. Wesel, 2000, 145 ss.

Giustizia (BGH), l'elemento della «perfidia», costitutivo della fattispecie di Assassinio (§ 211 StGB), era sempre integrato nel caso in cui l'autore del fatto avesse sfruttato la condizione ingenua o inerme della vittima:

(R1) Uccide con perfidia chi sfrutta la condizione ingenua o inerme della vittima²¹.

In questa prospettiva, il *movente* dell'autore non avrebbe fatto parte della struttura di rilevanza del fatto. Ebbene, nella vicenda sottostante alla decisione BGHSt 9, 385, l'autore aveva, sì, ucciso la vittima (sfruttando la sua condizione ingenua e inerme), ma per un movente condivisibile, ossia per impedirle di continuare a condurre una vita – a suo avviso – insopportabile. Secondo la Corte federale di Giustizia, si poneva così il problema se questo movente, contrariamente a quanto ritenuto fino ad allora dalla giurisprudenza, dovesse avere rilievo nella questione dell'integrazione dell'elemento costitutivo della perfidia. La Corte rispose affermativamente alla domanda, così introducendo una *nuova regola*, grazie alla quale venne modificata la regola (R1):

(R2) Il fatto non deve essere considerato perfido quando l'autore crede di agire per il bene della vittima²².

La regola (R2) costituisce una *regola di eccezione* a (R1), suscettibile di collegarsi a quest'ultima in modo logicamente non contraddittorio. Ma è anche possibile integrare (R2) in (R1), includendo il movente specifico dell'autore in quest'ultima regola come *criterio di eccezione*. È così che, per mezzo di una riformulazione linguistica e previo mutamento della modalità («non è» perfido, invece di «non deve» essere considerato perfido), emerge la regola riconosciuta oggi dalla giurisprudenza:

(R3) Agisce con perfidia chi, con finalità ostile, sfrutta consapevolmente per uccidere la condizione ingenua o inerme della vittima²³.

Per una tale norma, che considera tutti gli elementi del caso rilevanti per la decisione, Fikentscher ha coniato il concetto perspicuo di *norma del caso*²⁴. La norma del caso non è dunque ritagliata sulla singola vicenda umana²⁵; essa si riferisce piuttosto a tutte le vicende che presentino gli stessi elementi di rilevanza. Presupposto di accettazione della norma del caso è che le determi-

21. BGHSt 9, 385, LS 1.

22. BGHSt 9, 385, LS 2.

23. «Giurisprudenza costante» secondo BGH GA 1987, 129.

24. W. Fikentscher, 1977, 202 ss., 288 ss.

25. In termini appropriati: M. Pavcnik, 162 ss.

nazioni di rilevanza siano plausibili. La «regola di Adam»²⁶ si potrebbe interpretare strutturalmente come norma del caso, ma non giustificare contenutisticamente.

3.4. *Ancoramento della norma del caso a una regola dotata di un grado di generalità superiore*

Nella sua attuazione pratica, il modello della norma del caso garantisce l'orientamento della decisione a una regola, che il giudice riconduce al complesso normativo dell'ordinamento vigente. A tale stregua, nella misura in cui la regola non sia formulata in esclusivo riferimento al caso concreto, così presentandosi come un prodotto della libertà assoluta del giudice (simile alla «regola di Adam»), vi è una garanzia minima di assenza di arbitrio e di parità di trattamento. Ma niente di più. Infatti, da un lato, anche una norma del caso non formata in modo arbitrario può essere limitata a una costellazione casistica così particolare, che di garanzia di giustizia come eguaglianza può continuare a parlarsi solo in un senso alquanto ristretto. D'altro canto, la formazione della regola che trova espressione nel modello della norma del caso ancora non garantisce il vincolo alla legge. È dubbio, tuttavia, se da queste considerazioni possa trarsi una critica complessiva del modello della norma del caso²⁷.

Differenziazione e generalizzazione

Per quanto riguarda il primo punto: è vero che una norma del caso troppo specifica può garantire la giustizia come eguaglianza solo in un ambito di disciplina alquanto angusto. Ma proprio questo e solo questo è il suo compito. Ad assicurare un ambito di disciplina più esteso stanno le norme dotate di un grado di astrazione maggiore. La norma del caso, dal canto proprio, è chiamata a garantire non solo la parità di trattamento, ma anche una *adeguata disparità di trattamento*. Ad esempio: in sede di interpretazione dell'elemento della «perfidia», costitutivo della fattispecie di Assassino, bisogna assicurare che l'autore che ha ucciso la vittima, sì, sfruttando la sua condizione ingenua e inerme, ma per (quello che era o considerava) il suo bene, non venga punito allo stesso modo di chi ha agito con finalità ostile.

26. Ci si riferisce al divieto di testimonianza che il giudice Adam, uno dei protagonisti della commedia *La brocca rotta* di Heinrich von Kleist, escogita al solo scopo di impedire che la giovane Eva, deponendo nel processo da lui presieduto, riveli le proposte sconce che egli le aveva fatto il giorno prima (cfr. spec. scena VII, versi 1057 s.) [N.d.T.].

27. Così K. Larenz, 1991, 144 s.

Vincolo alla regola e vincolo alla legge

L'ancoramento della decisione giudiziale alla *legge* può esser garantito dal modello della norma del caso, purché quest'ultima possa essere rappresentata come una concretizzazione della legge. Tale possibilità sussiste in numerosi casi. Tornando all'esempio della «perfidia», si consideri la seguente norma:

(R3) Agisce con perfidia chi, con intenzione ostile, sfrutta consapevolmente per uccidere la condizione ingenua o inerme della vittima.

Tale norma formula una definizione del concetto legale «perfidia» e garantisce così l'ancoramento della «norma del caso» alla legge. Naturalmente, anche qui è necessario che la definizione non appaia come una determinazione arbitraria dell'elemento della fattispecie legale. In conformità allo stato attuale della teoria del linguaggio e della conoscenza, non si può pretendere che l'attuazione del «vincolo alla legge» presupponga che tale definizione si limiti a rendere esplicito un contenuto implicito nella legge stessa. In questi casi si può parlare non solo di sussunzione del caso sotto una *regola giuridica*, ma anche, in termini ancora più specifici, di sussunzione sotto la *legge*. Là dove costituisce solo una questione terminologica se le regole definitorie necessarie a tal fine vadano intese come parte costitutiva della sussunzione, oppure, con Engisch, associate a un vero e proprio ambito di «subordinazione»²⁸.

In altri casi, invece, il tentativo di ancorare la norma di decisione alla legge fallisce. Nell'ambito applicativo, più volte citato, dell'elemento della «perfidia», questo vale, ad esempio, per la regola stabilita in BGHSt 30, 105:

(R4) Nei casi di uccisione con perfidia, si deve applicare la cornice editale del § 49 Abs.1 Nr. 1 StGB²⁹, se «ricorrono circostanze straordinarie che fanno apparire sproporzionata l'inflizione dell'ergastolo».

Questa regola non può essere ricondotta a una determinata norma legale. Essa, infatti, poggia su valutazioni di stampo costituzionale che, da un lato, fanno apparire deficitaria la legge in sé pertinente (§ 211 StGB), dall'altro lato, secondo la visione della Corte, richiedono un intervento di perfezionamento costituzionalmente orientato che si traduce nella creazione di diritto da parte del giudice. La regola formulata non garantisce, dunque, il vincolo della decisione su di essa fondata alla legge pertinente; essa, piuttosto (stando alla motivazione), garantisce, a rettifica di questa legge, un vincolo della decisione al

28. K. Engisch, 1963, 23 s. Tale distinzione non si è imposta in letteratura; sul punto, cfr. G. Otte, 1998, col. 562.

29. Disposizione, questa, che individua le cornici editali da applicare quando ricorrono «Attenuanti legali speciali» che fanno rinvio a essa [N.d.T.].

complessivo ordinamento costituzionale. Malgrado il carattere di clausola generale rivestito dal criterio delle «circostanze straordinarie» – il quale, anche secondo l'opinione del Collegio giudicante, si sottrarre a una precisa definizione³⁰, e ha comportato pertanto una consistente incertezza giurisprudenziale –, la sussunzione sotto la regola formulata dalla Corte riesce quando si può mostrare che il caso concreto presenta delle particolarità suscettibili di essere interpretate come «circostanze straordinarie» nel senso di questa regola.

4. LIMITI DELLA SUSSUNZIONE

4.1. *Principi*

Se, come qui si è proposto, per «sussunzione» si intende la decisione che un certo caso ricade sotto una determinata regola, dunque è un *caso applicativo* di questa regola, la sussunzione risulta limitata all'applicazione di norme che hanno carattere di *regole*. In questo senso, sotto i *principi* non è possibile sussumere³¹. Anche qui, tuttavia, è indispensabile *riconduurre* il caso alla norma (al principio). A tal fine, è necessario l'accertamento che il caso ricade nell'ambito di rilevanza del principio. Ad esempio, qualora, in un caso concreto, venisse in rilievo la questione se le punizioni corporali inflitte a un bambino siano giustificate dal principio dell'inviolabilità della libertà di culto religioso (Art. 4 Abs.1 GG), si tratterebbe di decidere, innanzitutto, se le lesioni corporali di un altro essere umano possano essere intese come atto di culto religioso. A tal riguardo, si può parlare di sussunzione in senso lato. Solo se la questione fosse risolta positivamente, si passerebbe al problema del *bilanciamento*, che in parte si affianca alla sussunzione (in senso lato) come altra forma fondamentale di argomentazione giuridica³².

4.2. *Ipercomplessità del caso singolo*

Un altro importante limite della sussunzione (quale riconduzione di un caso a una norma *di decisione*) emerge nei casi in cui la struttura di rilevanza del fatto sia ipercomplessa. Ipercomplessità della struttura di rilevanza significa: data la molteplicità degli elementi del fatto (eventualmente) rilevanti e/o la carente univocità dei loro rapporti reciproci, non è possibile formulare una regola di decisione secondo la quale ogniqualvolta ricorre un determinato profilo fattuale, si deve adottare una certa decisione. La decisione dipende allora dalle circostanze del caso singolo, che non possono essere stabilite esaustivamente.

30. BGHSt 30, 105, 119.

31. R. Alexy, 1995; G. Otte, 1998, col. 562.

32. Cfr. R. Alexy, 2003, 433 ss.

Superpretesa di regole di decisione in casi supercomplessi

In questi casi, il tentativo di stabilire una regola di decisione dalla quale ricavare in maniera cogente la conseguenza giuridica per il caso concreto è condannato al fallimento. Ritornando a un esempio già proposto in passato³³: per la questione se il «Cristo in croce con maschera antigas» di Grosz costituisca vilipendio di un culto religioso ai sensi del § 166 StGB, non è possibile formulare una regola di decisione plausibile da cui ricavare la sentenza in modo cogente. Infatti, il tentativo di elencare esaustivamente i criteri di rilevanza di una rappresentazione «vilipendiosa», per poi verificare se essi ricorrano nel caso concreto, non può riuscire. Naturalmente la norma può essere concretizzata definendo l'elemento del «vilipendio», ad esempio come una «espressione che sminuisce in modo particolarmente pesante»³⁴. Eppure non è possibile formulare una regola di decisione plausibile in riferimento alla questione se nell'opera di Grosz ricorra un'espressione siffatta. Rilevante a tal fine è un'impressione complessiva, la quale si fonda su una molteplicità di dettagli e non può essere ridotta a un elenco di caratteristiche contenuto in una regola di decisione.

L'esempio può apparire estremo, dato che, almeno in linea di principio, il contenuto dichiarativo di un'immagine difficilmente può esser verbalizzato in modo condivisibile. Questo problema, tuttavia, si pone analogamente in altri casi³⁵. Così, ad esempio, per la questione dei presupposti in base ai quali la manifestazione di un gruppo di persone stese per terra sia «riprovevole» ai sensi del § 240 Abs.2 StGB³⁶, non è possibile indicare regole di decisione (RD) da cui la sentenza di turno dovrebbe discendere in modo cogente. Una regola che stabilisca in modo esaustivo e definitivo le condizioni di riprovevolezza/non riprovevolezza, della seguente struttura:

(RD1) Tutte le volte che..., la manifestazione di un gruppo di persone stese per terra costituisce una coercizione riprovevole

oppure

(RD2) Tutte le volte che..., la manifestazione di un gruppo di persone stese per terra non costituisce una coercizione riprovevole

– tale regola non può esser formulata in maniera plausibile. Ciò è stato chiarito dalla Corte federale di Giustizia, su richiesta della Corte di appello di

33. U. Neumann, 1979, 73.

34. BGHSt 7, 110.

35. Ulteriori casi in L. Kuhlen, 1992, 101 ss. Al riguardo, Kuhlen parla di ambito di «decisione dipendente dal caso singolo».

36. Disposizione, questa, che prevede il reato di «Coercizione [*Nötigung*]», analogo alla «Violenza privata» prevista dal nostro codice penale (art. 610) [N.d.T.].

Colonia³⁷. La questione se, per i casi in cui i manifestanti elaborino un piano diretto a creare disagi alla circolazione, così da aumentare le probabilità di attirare l'attenzione pubblica, sia possibile formulare una chiara regola di decisione relativa alla «riprovevolezza» della coercizione – tale questione è stata posta nei termini seguenti:

Le manifestazioni che, per ottenere maggiore risonanza pubblica [!], sono rivolte a pregiudicare con la forza la libertà di movimento e di determinazione dei terzi sono sempre antigiuridiche ai sensi del § 240 Abs.2 StGB, oppure possono, in presenza di particolari circostanze del caso concreto, sottrarsi a un giudizio di riprovevolezza?³⁸

La Corte federale di Giustizia, in sostanza (pur negando la sussistenza dei presupposti di un rinvio interpretativo), ha risposto così nella massima:

La circostanza che i manifestanti avevano sin da principio di mira l'intralcio alla circolazione da loro provocato non è sempre condizione sufficiente per il giudizio di riprovevolezza di cui al § 240 Abs.2 StGB.

È perciò che viene respinta la formulazione di una regola di decisione del seguente contenuto:

(RD3) Tutte le volte che i manifestanti avevano sin da principio di mira l'intralcio alla circolazione da loro provocato, sussiste «riprovevolezza» ai sensi del § 240 Abs.2 StGB.

Nella motivazione, il Collegio fa riferimento – giustamente – alla pluralità delle forme di intralcio alla circolazione e ai loro differenti gradi di efficacia. D'altro canto, da questa decisione sarà naturalmente possibile trarre conferma della *regola di rilevanza* (RR) presupposta come ovvia anche dalla Corte di appello di Colonia, cioè:

(RR1) Se i manifestanti avevano di mira sin da principio l'intralcio alla circolazione da loro provocato, ciò costituisce un indizio di «riprovevolezza» ai sensi del § 240 Abs.2 StGB.

Gli esempi, tuttavia, mostrano altresì che qui a essere in questione è l'adeguatezza materiale della regola di decisione, non certo la possibilità «logica» della sua formazione. Formulare una regola di decisione come quella costruita dalla Corte di appello nella sua richiesta sarebbe ovviamente possibile. Così

37. BGHSt 34, 71 (sul punto, più in dettaglio, U. Neumann, 2001, 702).

38. BGHSt 34, 71, 74.

come sarebbe possibile enunciare la seguente regola per il primo caso esemplificativo:

(RD4) Una rappresentazione che mostri Cristo in croce con una maschera anti-gas costituisce sempre vilipendio del culto cristiano.

Questa regola, tuttavia, da un lato, sarebbe sospetta di arbitrio e comunque altamente bisognosa di giustificazione a causa del suo contenuto regolativo circoscritto, ritagliato sul caso singolo. Dall'altro lato, sarebbe troppo rigida, poiché non riuscirebbe a tenere in debita considerazione le circostanze particolari del caso singolo rilevanti in questa sede.

Regole di rilevanza

Che in tali casi di ultracomplexità del fatto non sia possibile formulare una regola di decisione di carattere generale non significa certo che la decisione non possa o non debba essere fondata su una regola. Significa solo che queste regole hanno una struttura diversa. Esse non determinano la decisione, bensì indicano quali punti di vista devono essere considerati come criteri rilevanti in sede di decisione. Pertanto, a differenza delle regole di decisione, quelle in esame possono essere chiamate *regole di rilevanza*. Così, nella suddetta sentenza sul blocco stradale, la Corte federale di Giustizia, tra gli altri criteri per decidere sulla riprovevolezza dello sciopero dei manifestanti, cita l'entità degli intralci alla circolazione pianificati e realizzati, i moventi degli stessi manifestanti, nonché gli obiettivi da loro perseguiti (cfr. *supra*, RR1). Tali regole di rilevanza sono giuridicamente vincolanti allo stesso modo delle regole di decisione; la Corte competente alla revisione, infatti, è tenuta a verificare che il giudice del fatto abbia osservato tanto le prime quanto le seconde. Resta fermo, tuttavia, che di sussunzione sotto regole di rilevanza può parlarsi solo negli stessi termini latini in cui è possibile parlare di sussunzione sotto principi giuridici.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ALEX Y Robert, 1995, «Zum Begriff des Rechtsprinzip». In Id., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, 177-212. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Id., 1996, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Id., 2003, «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison». *Ratio Juris*, 16, 4: 433-49.
- BÄCKER Carsten, 2008, *Begründen und Entscheiden. Kritik und Rekonstruktion der Alexyschen Diskurstheorie des Rechts*. Nomos, Baden-Baden.

- Id., 2009, «Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?». *Rechtstheorie*, 40, 3: 404-24.
- CHRISTENSEN Ralph, KUDLICH Hans, 2001, *Theorie der richterlichen Begründens*. Duncker & Humblot, Berlin.
- ELLSCHIED Günter, 1992, «Probleme der Regelbildung in der richterlichen Entscheidungspraxis». In *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, herausgegeben von Maximilian Herberger, Ulfrid Neumann, und Helmut Rüßmann, 23-35. F. Steiner, Stuttgart.
- ENGISCH Karl, 1963, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. C. Winter, Heidelberg.
- Id., 2010, *Einführung in das juristische Denken*, herausgegeben von Thomas Würtenberger, Dirk Otto. W. Kohlhammer, Stuttgart.
- FIKENTSCHER Wolfgang, 1977, *Methoden des Rechts. In vergleichender Darstellung*, Bd. iv, *Dogmatischer Teil*. Mohr Siebeck, Tübingen.
- GRÖSCHNER Rolf, 1982, *Dialogik und Jurisprudenz. Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis*. Mohr Siebeck, Tübingen.
- Id., 2005, «Justizsyllogismus? Jurisprudenz!». In *Die Sprache des Rechts. Studien der Interdisziplinären Arbeitsgruppe Sprache des Rechts der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften*, Bd. 2, *Recht verhandeln. Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts*, herausgegeben von Kent D. Lerch, 203-17. De Gruyter, Berlin u.a.
- HAFT Fritjof, 1975, «Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht». *Juristische Schulung*, 15: 477-85.
- HASSEMER Winfried, 1968, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*. C. Heymanns, Köln u.a.
- Id., 2007, «Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik». In *Festschrift für Heike Jung. Zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Heinz Müller-Dietz, Egon Müller, Karl Ludwig Kunz u.a., 231-59. Nomos, Baden-Baden.
- HORN Norbert, 2011, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*. C. F. Müller, Heidelberg.
- KANT Immanuel, 1968, *Kritik der reinen Vernunft*. In Id., *Werke in zehn Bänden*, Bd. 3, erster Teil, herausgegeben von Wilhelm Weischedel. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- KAUFMANN Arthur, 1993, «Die Geschichtlichkeit des Rechts im Licht der Hermeneutik». In Id., *Beiträge zur juristischen Hermeneutik. Sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, 25-51. C. Heymanns, Köln u.a.
- KOCH Hans-Joachim, RÜßMANN Helmut, 1982, *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*. C. H. Beck, München.
- KUHLEN Lothar, 1992, «Regel und Fall in der juristischen Methodenlehre». In *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, herausgegeben von Maximilian Herberger, Ulfrid Neumann, und Helmut Rüßmann, 101-28. F. Steiner, Stuttgart.
- LARENZ Karl, 1991, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Springer, Berlin u.a.
- LEGE Joachim, 2008, «Was Juristen wirklich tun. Jurisprudential Realism». In *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, herausgegeben von Winfried Brugger, Ulfrid Neumann, Stephan Kirste, 207-32. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- MASTRONARDI Philippe, 2003, *Juristisches Denken. Eine Einführung*. Haupt, Bern u.a.

- NEUMANN Ulfrid, 1979, *Rechtsontologie und juristische Argumentation. Zu den ontologischen Implikationen juristischen Argumentierens*. R. v. Decker, Heidelberg.
- ID., 1986, *Juristische Argumentationslehre*. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- ID., 2001, «Das Problem der Identität der Rechtsfrage beim Ausgleich divergierender obergerichtlicher Entscheidungen (§§ 121 II, 132 II GVG)». In *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von Albin Eser, Jürgen Goydke, Kurt-Rüdiger Maatz u.a., 683-704. C. H. Beck, München.
- OGOREK Regina, 1986, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts*. Klostermann, Frankfurt am Main.
- ID., 2010, «Gefährliche Nähe? Richterliche Fortbildung und Nationalsozialismus». In *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Felix Herzog, Ulfrid Neumann, 159-72. C. F. Müller, Heidelberg.
- OTTE Gerhard, 1998, «Subsumtion (II)». In *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 10, herausgegeben von Gerhard Ritter u.a., coll. 562-3. Schwabe, Basel.
- PAVCNIK Marijan, 2011, «Das “Hin- und Herwandern des Blickes” (Über die Natur der Gesetzesanwendung)». In *Gerechtigkeit. Theorie und Praxis*, herausgegeben von Shing-I Liu, Ulfrid Neumann, 157-71. Nomos, Baden-Baden.
- RÖHL Klaus F., RÖHL Hans-Christian, 2008, *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*. C. Heymanns, Köln u.a.
- RÜTHERS Bernd, FISCHER Christian, 2010, *Rechtstheorie. Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*. C. H. Beck, München.
- SAVIGNY Friedrich Carl von, 1840, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1. Veit, Leipzig.
- VOGEL Joachim, 1998, *Juristische Methodik*. de Gruyter, Berlin u.a.
- WESEL Uwe, 2000, *Juristische Weltkunde. Eine Einführung in das Recht*. Suhrkamp, Frankfurt am Main.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI USATE NEL TESTO:

- BGH *Bundesgerichtshof* (Corte federale di Giustizia)
- BGHSt *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen* (Decisioni del BGH nelle cause penali)
- GA *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (Rivista penalistica)
- GG *Grundgesetz* (Legge fondamentale)
- GVG *Gerichtsverfassungsgesetz* (Ordinamento giudiziario)
- StGB *Strafgesetzbuch* (Codice penale)
- StPO *Strafprozeßordnung* (Codice di procedura penale)
- StVO *Straßenverkehrsordnung* (Codice della strada)