

CONVEGNI

MARIO TRAPANI

Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico

Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo ()*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La posizione di Beccaria nei confronti dell'interpretazione delle leggi. - 3. Il mito della "chiarezza" della legge e il problema della sua "oscurità" come causa della interpretazione. - 4. L'interpretazione giudiziale come momento logicamente ineliminabile dell'applicazione della legge. La effettiva natura giuridica dell'interpretazione come "creazione" del diritto. Verso una teoria "realistica" delle fonti del diritto penale. - 5. La norma di "liceità penale" implicita e la rimessione al giudice della stessa individuazione dell'intero sistema dei reati e delle pene e quindi del confine tra il "lecito" e l'"illecito" penale. - 6. La natura "creativa" dell'interpretazione giudiziale. La distinzione concettuale tra "disposizione" e "norma". Il giudice quale unico creatore della norma penale. - 7. Il problema dell'esistenza di una sola interpretazione corretta. La pluralità di significati normativi ricavabili da uno stesso enunciato linguistico legislativo. - 8. Conferma della tesi di una pluralità di "norme" come possibile risultato interpretativo di uno stesso testo di legge. L'accoglimento del metodo "teleologico" e la mancanza di limiti effettivi alla interpretazione. Funzione "costitutiva" e non "dichiarativa" della interpretazione. - 9. Il testo di legge come documento scritto contenente mere "aspettative di norme". Diversi tipi di interpretazione a seconda dei soggetti che interpretano e loro diverso valore giuridico. - 10. Conseguenze della pluralità di distinti significati normativi ricavabili dall'interpretazione di una stessa disposizione di legge. La possibile coesistenza di norme "antinomiche" come momento "fisiologico" del sistema penale. - 11. I meccanismi previsti dall'ordinamento allo scopo di garantire la sua interna "coerenza" e quindi la "certezza" del diritto come valore (pratico e dunque) "politico". - 12. Esiste una norma generale e astratta o solo quella individuale e concreta creata dal giudice? - 13. La "retroattività" come "aspetto logico" della norma penale incriminatrice. Il problema dell'interpretazione giudiziale *in peius* rispetto a quella vigente al momento della commissione del fatto. - 14. L'inevitabile "rischio" penale della "interpretazione" da parte dei destinatari della norma come conseguenza della sua logica "retroattività". - 15. Valore "politico" delle "scelte" del giudice e conseguenze sul piano della "legittimazione democratica" della sua attività "interpretativa". - 16. Le soluzioni politiche adottabili di fronte ai casi di "patologia" nell'interpretazione giudiziaria. - 17. Gli strumenti teoricamente ipotizzabili e politicamente utilizzabili funzionali a garantire la "legittimazione democratica" delle norme giudiziarie. - 18. Separazione dei poteri, *checks and balances* e controllo politico sull'attività giudiziale. - 19. Conclusioni.

* Versione italiana del testo rivisto, notevolmente ampliato e corredato di note della relazione intitolata *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal* svolta nell'ambito del *VIII Congreso Internacional de Derecho penal* su "*Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado. 250 años después*" tenutosi a Bogotá, Colombia, nei giorni 1 e 2 ottobre 2013, organizzato dalla Escuela de Derecho, Departamento de Derecho penal, della Universidad "Sergio Arboleda". Detto testo è stato di recente pubblicato negli Atti del citato Convegno col titolo *Cesare Beccaria y la interpretación de la ley penal. La creación judicial de la norma penal y su control político*, in *Cesare Beccaria y el control del poder punitivo del Estado doscientos cincuenta años después*, F. Velásquez V., R. Vargas Lozano, J. D. Jaramillo Restrepo compiladores, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2016. La traduzione in lingua castigliana è stata curata dal mio allievo Christian Wolflhügel Gutiérrez, Profesor de Derecho Penal della Universidad "Sergio Arboleda" (Bogotá, Colombia) e Dottore di Ricerca in Diritto penale della Università degli Studi "Roma Tre".

1. Introduzione

La prima domanda che mi pongo è perché una prestigiosa università colombiana, la Sergio Arboleda, in particolare nella persona dell'amico prof. Fernando Velásquez Velásquez, ha voluto organizzare un Convegno Internazionale in occasione dei 250 anni dalla pubblicazione del *pamphlet* "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria Bonesana, marchese di Gualdrasco e Villareggio. Solo per celebrare una tappa culturale, seppure importantissima, nell'evoluzione del pensiero penale moderno, rendendo il dovuto omaggio a chi può, a ragione, essere indicato come il "fondatore" (o uno dei più autorevoli tra i fondatori, insieme a Carmignani e Carrara) della Scuola Classica di diritto penale in Italia? O piuttosto è la presenza di un nuovo scenario politico-istituzionale, che si riscontra oggi in paesi anche assai diversi per esperienza storica, che rende di strettissima attualità – anzitutto sul piano pratico-operativo – il pensiero e soprattutto le denunce, sostenute da un forte anelito morale, di Beccaria? Credo che il momento storico di transizione e di grandi trasformazioni sociali e (conseguentemente) politiche che stiamo attraversando, trasformazioni che investono, ovviamente, anche la sfera del diritto e in particolare del diritto penale proprio per il ruolo che questo ramo dell'ordinamento giuridico ha da sempre svolto come momento di "chiusura" di qualunque sistema normativo statale attraverso il ricorso all'uso regolato della "forza"¹, ci stia rapidamente portando ad un nuovo periodo di "imbarbarimento" del diritto penale come conseguenza dell'abbandono – sostanziale, ma in molti casi ormai anche formale – dei suoi tradizionali principi "garantistici" in nome di un neo "efficientismo" punitivo "antiformalistico" (meglio: "sostanzialistico"), conseguenza anche di un diverso modo di intendere il ruolo politico-istituzionale dei giudici, visti ormai – grazie anche ad una industria massmediatica allarmistica e compiacente – come tutori "assoluti" della "legalità" (non, si noti, della "legge", in quanto espressione della volontà politica del Parlamento!) e "angeli vendicatori" della "morale pubblica" oltraggiata

¹ Sul punto vedi M. TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in G. L. Falchi e A. Iaccarino (edd.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, XIV Colloquio Giuridico Internazionale, Città del Vaticano, 2012, spec. 792-793; 795-796. In particolare, sottolinea Ferrajoli come il sistema di garanzie, sostanziali e processuali, che caratterizza il diritto penale debba ritenersi finalizzato proprio alla «minimizzazione della violenza e dell'arbitrio», nella duplice direzione della prevenzione dei reati e della tutela dei diritti fondamentali dell'indagato/imputato prima e del (eventuale) condannato poi. In questo senso tale modello normativo di "diritto penale minimo" potrebbe anche definirsi come la «legge del più debole» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Bari, 2007, spec. Cap. XV, par. 15.10, 356-361).

dal crimine. Il che è, a mio parere, quanto rende ancora oggi attualissimo il pensiero di Beccaria, in particolare con riferimento al perenne problema della natura e del significato dell'interpretazione giudiziale, e alla sua posizione, nettamente contraria e addirittura ostile, di fronte alla stessa ammissibilità dell'interpretazione della legge.

Il mio intervento si svilupperà secondo tre direttrici principali. Nella prima parte, analizzerò la posizione di Beccaria, apertamente contraria - come detto - nei confronti dell'ammissibilità (*rectius*: della stessa legittimità) dell'interpretazione delle leggi, in particolare penali, da parte dei giudici, evidenziandone le ragioni, prima che giuridiche, ideologiche e politiche; posizione questa - che qualcuno potrebbe definire "ingenua" - come conseguenza del significato attribuito da Beccaria, ma anche da altri Illuministi come Pietro Verri, all'interpretazione delle leggi. Nella seconda, mi preoccuperò di sottolineare il ruolo svolto, nella effettiva "dinamica" giuridica, dalla interpretazione della legge, da intendersi, al di fuori di finzioni retoriche, almeno nel settore penale dell'ordinamento, come attività eminentemente "creativa" del diritto, anzi, fuor di metafora, come l'unica vera "fonte immediata" delle norme penali "effettivamente" vigenti e "vincolanti". Nella terza e ultima parte, cercherò di vedere se e in che limiti le istanze politiche di "garanzia" delle "libertà" dei cittadini, sottese alla concezione di Beccaria sull'interpretazione, possano rappresentare ancora oggi delle "linee guida" di "politica criminale" da perseguire sia nell'elaborazione teorica che nella prassi giudiziaria e con quali strumenti, politici e istituzionali prima che giuridici, esse possano attualizzarsi.

Due notazioni preliminari. Anzitutto, *"Dei delitti e delle pene"* non è un'opera di diritto penale in senso tecnico (ossia, propriamente, di dogmatica giuridica), ma solo un breve trattato di "filosofia politica" e di - ciò che chiameremmo oggi, modernamente - "politica criminale"; scritto oltretutto non da un giurista (anche se laureato in giurisprudenza; *rectius*: *in utroque iure*) ma da un polemista che, anzitutto, era un filosofo moralista con l'ansia politica di un riformatore dell'ordine sociale costituito². Il che spiega perché, per intendere correttamente la portata del pensiero di Beccaria e la sua eventuale attualità, sarebbe senz'altro improprio (oltre che incongruo) utilizzare solo

² P. CALAMANDREI, *Prefazione*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. Calamandrei, Firenze, 1945, 56-57: «Questi scrittori [Beccaria e quelli del suo circolo, l'*Accademia dei Pugni*, nome evidentemente evocativo del fatto che le discussioni che ivi si svolgevano dovevano essere quantomeno "animate"!], anche quando si qualificano per filosofi o storici, erano, prima di tutto, politici e moralisti: uomini di pensiero, ma di un pensiero smanioso di riformar ordinamenti sociali, e quindi in realtà uomini d'azione».

canoni giuridici, dovendo l'analisi delle sue riflessioni estendersi viceversa ai profili politici e istituzionali delle tematiche affrontate e alle problematiche da essi sottese. Ciò mi consentirà, parlando delle "fonti" della "norma penale", di fare senz'altro riferimento, non a ciò che "dovrebbe essere" fonte, secondo le "formalità" previste dalle Costituzioni e dalle leggi (con le loro "norme di organizzazione" rivolte agli organi dello Stato, norme che, non a caso, sono quelle che "vivono" nelle "prassi costituzionali", e non attraverso l'"interpretazione" di testi, come quelle che hanno come destinatari i comuni cittadini), ma a ciò che "è", effettivamente, ossia nella realtà del sistema, "fonte" della "norma penale".

In secondo luogo, occorre sempre ricordare come la prospettiva filosofica che muove tutto il "programma" politico-criminale sviluppato nel suo *pamphlet* da Beccaria è la concezione "utilitaristica" del diritto e della pena; concezione che si connette, intersecandosi, con le dottrine politiche della "separazione dei poteri" e della "supremazia delle legge", legge vista, secondo le teorie "contrattualistiche", come espressione della "volontà generale" dei consociati che "autolimitano" la propria sfera di libertà per il maggior benessere di tutti.

2. La posizione di Beccaria nei confronti dell'interpretazione delle leggi

Dice Beccaria, con un'espressione vigorosa e suggestiva, che il «più crudele carnefice dei miseri [è] l'incertezza»³. Questa idea-guida dell'esigenza, tutta politica, della "certezza" del diritto, da intendere come possibilità di previsione da parte di ciascun cittadino della qualificazione, e quindi valutazione, che l'ordinamento giuridico farà dei suoi comportamenti (*rectius*: come "*predicibilità*" delle decisioni degli organi giudicanti), e che attraversa l'intero libro, sta, indiscutibilmente, anche dietro l'atteggiamento di Beccaria nei confronti dell'"interpretazione giudiziale", vista come "nemica" della astrattezza e dell'uguaglianza, che possono discendere solo dalla legge, e quindi, alla fine, "nemica" della stessa certezza del diritto; interpretazione che andrebbe dunque puramente e semplicemente vietata.

Le parole pronunciate da Beccaria nel Capitolo IV della sua opera, specificamente dedicato alla "*Interpretazione delle leggi*", sono terribili nella loro crudezza – a tratti addirittura di vero e proprio disprezzo e sarcasmo – e non danno adito a dubbi:

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. D. Pisapia, Milano, 1973, (rist.), Cap. I, 8.

«Non vi è cosa più pericolosa di quell’assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. [...] Ciascun uomo ha il suo punto di vista; ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll’offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell’animo fluttuante dell’uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesse volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite dei miserabili essere la vittima dei falsi raziocinii, o dell’attuale fermento degli umori di un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni, che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l’errante instabilità delle interpretazioni»⁴.

Il ricorso da parte del giudice allo “spirito della legge” anziché alla sua “lettera” - specie in materia penale ma con considerazioni valide per tutto l’ordinamento - darebbe dunque libero sfogo al suo assoluto arbitrio; contro quindi la “certezza” del diritto, funzionale, a sua volta, alla connessa esigenza di “uguaglianza” dei cittadini, “valori politici”, tipici dell’Illuminismo, che potrebbero essere “garantiti” solo da una “codificazione”, ossia da una “legge”, per sua natura generale e astratta⁵, e quindi valida per tutti (ossia “uguale”), “politicamente legittimata”, dal punto di vista democratico, dal fatto di essere espressione della “volontà generale” dei consociati, che si sono “autolimitati” nei loro diritti di libertà attraverso il “contratto sociale”.

Questo atteggiamento di Beccaria è conseguenza logica della sua posizione filosofico-politica di condivisione della teoria della “divisione dei poteri”, che aveva fatto affermare al suo teorizzatore, Montesquieu, secondo una celeberrima formula ormai definitivamente passata alla storia, che il giudice non deve essere altro che “bocca della legge”⁶. Se infatti, secondo la teoria del “contrat-

⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 18.

⁵ Si noti: parlando di “codificazione” Beccaria fa riferimento ad una legge non solo generale e astratta, come tutte le leggi, ma anche intrinsecamente “organica”, ossia “internamente coerente”, interna coerenza quale solo un “codice” semplice e accessibile da tutti può fornire.

⁶ CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. I, Milano, 1989, 317: «Ma i giudici della nazione sono soltanto, come abbiamo detto, la bocca che pronuncia le parole della legge: esseri inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità» (Libro XI, Cap. VI). E aggiunge (*ibidem*, 225): «Negli Stati dispotici non v’è legge: il giudice è egli stesso la regola. Negli Stati

to sociale”, è la “legge”, e solo la legge, espressione diretta ed esclusiva della “volontà generale” dei consociati, ne discende pacificamente che il giudice non può operare “valutazioni” diverse e ulteriori rispetto a quelle del “legislatore” (che in un sistema democratico, in quanto Parlamento costituito dai rappresentanti del popolo, è l’unico titolare del potere politico, ossia del potere di fare scelte). Ciò anche come reazione di fronte all’esperienza storica dell’*Ancien Régime* caratterizzata dal potere “arbitrario” dei giudici.

Ma che cosa si deve intendere esattamente per interpretazione? O meglio, che cosa intende esattamente Beccaria per “interpretazione delle leggi”?

Per dare una risposta adeguata a questo quesito, mi sembra non solo utile ma addirittura indispensabile rifarsi anche a quanto scritto sull’interpretazione delle leggi da un altro grande illuminista, Pietro Verri, nella rivista “*Il Caffè*”, ossia da chi, nell’*Accademia dei Pugni*, non solo fu amico ma anche – come è ormai risaputo – diretto ispiratore delle riflessioni di Beccaria che poi si tradussero nel *pamphlet* “*Dei delitti e delle pene*”⁷:

«Che il giudice, tosto che la legge è soggetta a interpretarsi più in un senso che in un altro, diventi legislatore, è cosa per sé evidente, basta per esserne convinto il riflettere che *interpretare* vuol dire sostituire se stesso al luogo di chi ha scritto la legge, e indagare cosa il legislatore avrebbe verisimilmente deciso nel tale o tal altro caso, su cui non parla chiaramente la legge. *Interpretare* significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel *più* è la misura della facoltà legislatrice, che si arroga il giudice. Su due casi può aver luogo la interpretazione: il primo caso è quando nella legge non sia preveduto l’affare, che si deve decidere, e che sia affare nuovo, sul quale non siavi legge alcuna chiara, e manifesta; il secondo caso è quando nel corpo delle leggi vi siano due diversi principî, fra i quali sia dubbio quale dei due debba diriggere la decisione dell’affare. Nella prima supposizione, il giudice, col pretesto d’interpretare la mente del legislatore, realmente fabbrica una nuova legge⁸,

monarchici v’è una legge: laddove è precisa, il giudice la segue; laddove non lo è, ne ricerca lo spirito. Nel governo repubblicano, è nella natura stessa della costituzione che i giudici seguano la lettera della legge. Non è lecito interpretare una legge a danno di nessun cittadino, quando si tratta dei suoi beni, del suo onore, o della sua vita» (Libro VI, Cap. III).

⁷ P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi (1765)*, in “*Il Caffè*”, tomo II, foglio XXVIII, a cura di S. Romagnoli, Milano, 1960, 483-489, in particolare 486-487. Si ricordi come Pietro Verri fu, a sua volta, autore di un altro notissimo *pamphlet*, le *Osservazioni sulla tortura*, opera composta tra il 1770 e il 1777 e pubblicata postuma nel 1804. Appartenente allo stesso circolo culturale e ideologico dell’*Accademia dei Pugni* era anche un altro dei fratelli Verri, Alessandro.

⁸ È importante sottolineare come l’“interpretazione della legge” sia vista da Verri come «pretesto», quasi mera figura retorica dell’argomentazione effettuata in sede di decisione: nel senso che, in realtà, dietro

sulla quale appoggia una sentenza, e conseguentemente il legislatore, ed il giudice coincidono perfettamente nella stessa persona. Nella seconda supposizione poi il disordine è meno palese, ma non però vi sta meno; poiché il giudicare con leggi fabbricate di propria opinione, ovvero il giudicare sulle leggi legittimamente promulgate bensì, ma molteplici, varie, opposte, ed avere la scelta libera di prenderne ora l'una, ed ora l'altra, sulle quali stabilire sentenze opposte in casi altronde simili è presso a poco quanto alla sicurezza, e libertà politica la cosa medesima; e il giudice che abbia facoltà di scegliere più una legge che un'altra per giudicare un caso, è realmente legislatore, essendo che ei dà forza di legge più ad un testo che ad un altro della legge istessa. Dunque l'interpretar la legge fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore, e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica d'una nazione. Dunque una nazione che cerchi la libertà politica deve proibire ad ogni giudice ogni qualunque libertà d'interpretare le leggi⁹.

Secondo Pietro Verri, quindi, uno spazio logico per l'intervento della "interpretazione" potrebbe aprirsi o quando non c'è alcuna legge che disciplini specificamente il caso concreto, ritenuto tuttavia meritevole di punizione; o quando il fatto è apparentemente riconducibile sotto più leggi, dove l'incertezza dipenderebbe dalla non "chiarezza" del legislatore.

È evidente come Verri e Beccaria vedano nell'interpretazione anzitutto ciò che oggi chiameremmo, modernamente, "analogia". Il che permette di trarre due ulteriori corollari. In primo luogo, che tra "interpretazione" (in particolare "estensiva" o "evolutiva") e "analogia" - come d'altronde da sempre una parte dei teorici generali del diritto ma anche dei penalisti ha ritenuto -, fenomeni pure teoricamente ben distinguibili, nella pratica è assai difficile, se non impossibile, individuare una nitida e precisa linea di confine¹⁰. In secon-

l'interpretazione non c'è la legge (formale), ma solo ciò che l'interprete "intende" essere la legge, ossia la "norma" come suo contenuto (P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi* (1765), cit., 487).

⁹ E continua: «Altrimenti facendo ne accade quello che il chiarissimo signor Genovesi ha scritto nel suo ragionamento sul commercio, cioè che 'allora le leggi in mano del potente e dell'astuto sono sempre armi pronte, e forti ad offendere, ed ingannare; ma non già armi da difesa in mano del debole, o dell'ignorante'» (*ibidem*, 487). Sembra qui sentire riecheggiare la cinica ma drammaticamente realistica frase, modernamente attribuita secondo la tradizione a Giovanni Giolitti, politico e statista italiano a cavallo tra Ottocento e Novecento, secondo cui «per i nemici le leggi si applicano, per gli amici si interpretano».

¹⁰ Come d'altronde accade anche per la distinzione tra i concetti di norma "speciale" e norma "eccezionale", trattandosi comunque in entrambi i casi, strutturalmente, di "deroghe", nel senso di "limiti negativi", ad una norma "generale". Sul punto F. MODUGNO, voce *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, spec. 513 ss..

do luogo che, conseguentemente, anche l'interpretazione – al pari di quanto ormai comunemente si afferma per l'analogia¹¹ – è vera e propria “attività creatrice del diritto”, ossia delle norme concretamente applicabili (e applicate) dal giudice. Ed è quest'ultima, senza dubbio, la prospettiva teoricamente, ma soprattutto politicamente, più interessante e importante.

Di più, in Verri sono anche limpidamente espressi due concetti (non altrettanto chiari, ma solo impliciti, nel pensiero di Beccaria): che non «è possibile il contenere in un solo codice tutte le azioni, che il capriccio dell'uomo può fare»¹², andando quindi contro il “mito”, questo sì tutto ideologico, perseguito anche dai sovrani “illuminati” come Federico Guglielmo II di Prussia col suo *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* (ALR) del 1794 (che, non a caso, il sovrano prussiano ordinò essere sottratto all'interpretazione, riprendendo una vecchia idea risalente addirittura a Giustiniano)¹³ di un “co-

¹¹ Per mantenere viceversa anche l'analogia – laddove esplicitamente “autorizzata” o “imposta” da un certo “sistema” normativo tra le regole di “applicazione” della legge – nell'ambito di una mera attività di “interpretazione” del diritto (e non di “creazione” di norme generali e astratte), muovendo dal presupposto di teoria generale secondo cui in nessun ordinamento giuridico “positivo” possono esistere lacune legislative “formali” nel senso che «il diritto in vigore non possa venir applicato ad un caso concreto perché non vi è alcuna norma generale che si riferisca a quel caso», risolvendosi in realtà questa idea in una vera e propria “finzione” di “inapplicabilità logica” del diritto vigente (così H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1974, 5^a ed. it., rist., 149-151; ID., *La dottrina pura del diritto*. Saggio introduttivo e traduzione di M. G. Losano, Torino, 1975, 3^a ed., 276-281), autorevole dottrina afferma conseguentemente (vedi M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di Parte generale*, vol. I, Torino, 2014, 67 ss.) che l'analogia coprirebbe solo le c.d. lacune “sostanziali”, risolvendosi pertanto, logicamente, in un'attività interpretativa dell'intero ordinamento giuridico: nel senso che il giudice individuerebbe la norma concretamente applicabile sempre all'“interno” dell'ordinamento sulla base di una sua interpretazione complessiva. Anche se occorre sottolineare come, a differenza di quanto affermato da Kelsen, Gallo esclude che «l'attività svolta da chi pone in essere un procedimento di estensione analogica possa essere considerata interpretazione del diritto soltanto alla stregua di una finzione: si converrebbe, cioè, di considerare dichiarativa una attività che, fuori di ogni dubbio, sarebbe invece creativa» (*ibidem*, 68).

¹² P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi* (1765), cit., 487.

¹³ Il divieto di interpretare l'ALR (su cui vedi le considerazioni di K. ZWEIFERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. Band 1: *Grundlagen*, trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1992, 110) – più che “codice” in senso moderno, opera che si avvicinava al vecchio modello della “compilazione” di tipo giustiniano – appare tuttavia come espressione dello spirito della monarchia assolutista quale garanzia del potere sovrano, nel senso che, essendo “diritto” solo “*quod principi placuit*”, ne conseguiva che compito del giudice doveva essere solo applicare rigidamente la “volontà” del monarca quale si esprimeva attraverso la legislazione scritta che esclusivamente da lui promanava. Al contrario, il divieto di interpretazione, secondo Beccaria, si fondava su presupposti del tutto diversi, ossia l'esigenza di garantire la certezza del diritto e la sicurezza giuridica, che portavano all'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge, legge vista come portato della, democratica, divisione dei poteri in quanto espressione della “volontà generale”. La illusione di potere vietare l'interpretazione risale, com'è noto, addirittura a Giustiniano e alla sua compilazione, il Digesto: se infatti la “legge” è *ratio scripta*, la “ragione” non può essere “interpretata”, ma è, logicamente, sempre uguale a sé stessa (come il “diritto naturale”, quale appunto diritto di “ragione”).

dice” onnicomprensivo, ribadendo, al contrario, l’ineliminabile, dal punto di vista logico oltre che pratico, “incompletezza” e quindi “lacunosità” di qualunque corpo normativo scritto. “Lacunosità” di fronte alla quale Verri giudicava minore il male che, in tal modo, resti impunito l’autore di un fatto – seppure ritenuto meritevole di punizione ma – non espressamente previsto dalla legge come reato, piuttosto che il male che deriverebbe punendo questo soggetto sulla base di istanze di “giustizia sostanziale” e di “equità”, che inevitabilmente stanno dietro alla interpretazione “estensiva” (o, peggio, “evolutive”) della legge condotta secondo il suo “spirito”, colmando la eventuale “lacuna”¹⁴. Dove è allora chiaro come, muovendo da queste premesse, l’unica “interpretazione”, al limite, teoricamente ammissibile sarebbe, paradossalmente, una “non interpretazione” quale è quella rigidamente conforme alla “lettera della legge”, ossia la interpretazione definita – impropriamente – “strettamente letterale” (la *strict interpretation* degli anglosassoni con riferimento agli *Statutes*)¹⁵; mentre tutte le altre forme di c.d. “interpretazione” – estensiva, evolutiva, ecc.¹⁶ –, andando inevitabilmente in qualche modo “fuori” dagli stretti “confini” della lettera della legge, esprimerebbero in realtà una posizione “adeguatrice” da parte del giudice ad istanze “sostanziali” di “giustizia” del caso concreto. “Lacune” (sostanziali) della legge¹⁷ che invece, sempre secondo Verri, potrebbero essere colmate solo dallo stesso legislatore, in quanto unico organo democraticamente e quindi politicamente legittimato a tale funzione.

Solo dalla «rigorosa osservanza della lettera di una legge penale»¹⁸ da parte dei giudici, prosegue Beccaria, «acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi, che è la giusta, perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società; che è utile, perché li mette nel caso di esattamente calcolare gl’inconvenienti di un

¹⁴ Verri, in realtà (ID., *Sulla interpretazione delle leggi (1765)*, cit., 486-487), rispondendo idealmente ad un suo contraddittore, sembra identificare lo “spirito della legge” con la “intenzione del legislatore”, o meglio, come sembrerebbe doversi intendere da tutto il contesto del discorso, con la sua *volontà “presunta”*, ossia con quella che oggi chiameremmo, propriamente, *voluntas legis* “oggettivata”.

¹⁵ Si ricordi anche – a parte qualsiasi considerazione sulla sua effettiva portata euristica – l’antico brocardo *in claris non fit interpretatio*.

¹⁶ Discorso in parte diverso, a mio parere, deve invece essere fatto per la interpretazione c.d. “restrittiva”: qui il “superamento” della *voluntas legislatoris* potrebbe anche essere, politicamente oltre che giuridicamente, giustificato, nel sistema penale, dal fatto che il risultato di detta attività interpretativa “amplierebbe” comunque la sfera di “libertà”, specie personale, del destinatario della norma, “valore assoluto” nei moderni ordinamenti giuridici che, non a caso, qualificano la libertà personale come “inviolabile” (v., ad es., l’art. 13 comma 1 Cost. it.).

¹⁷ Sulla possibilità di parlare, al massimo, solo di lacune “sostanziali” della legge, non potendo viceversa esistere dal punto di vista logico in una visione rigidamente positivistic-formalistica del diritto lacune “formali”, vedi *supra*, nota 11.

¹⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 18.

misfatto»¹⁹. Dunque, ancora una volta, l'“utilitarismo” che sta sempre dietro la proposta teorico-pratica di Beccaria, rappresentato, qui, dalla utilità per la società di garantire, attraverso il divieto di interpretazione, la “certezza” del diritto e quindi la sicurezza e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla “legge”²⁰.

Questo atteggiamento – assolutamente drastico e per certi aspetti inedito – di Beccaria contro l'interpretazione è, sotto altro profilo, come detto, conseguenza logica dell'accoglimento della teoria filosofico-politica della “divisione dei poteri”, come applicazione di detto principio.

Se dunque, prosegue Beccaria, «né meno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali, per la stessa ragione che non sono legislatori»²¹, ne consegue logicamente che «l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto»²², cioè di «esaminare se il tal uomo abbia fatto, o no, un'azione contraria alle leggi»²³. «Quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza, che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta», cioè «non è un affare di controversia, ma di fatto»²⁴: detto altrimenti, in termini giuridici attuali, il giudice non si occupa di questioni di interpretazione del diritto, ma solo di verifica della sussistenza o meno del fatto storico e della sua “sussumibilità” sotto la “lettera” della “legge”. In particolare, ciò significa che «in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale; la minore, l'azione conforme, o no, alla legge; la conseguenza, la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta dell'incertezza»²⁵. È questa, com'è noto, la concezione puramente “meccanicistica” della “applicazione” della legge come “sillogismo perfetto” secondo uno schema epistemologico rigidamente logico-deduttivo, in cui il giudice è ridotto a mera “bocca” della stessa legge, concezione tipica dell'ideologia – e delle illusioni – dell'Illuminismo giuridico²⁶.

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 19.

²⁰ «Autoriser le juge à interpréter la loi sous prétexte d'équité, c'est substituer la volonté imprévisible et arbitraire d'un individu à la parole publique de la loi: c'est donc détruire la liberté politique. L'institution pénale obéit en somme à un utilitarisme de la règle»: PH. AUDEGEAN, *Codification et interprétation. Le § IV des Délits et des peines de Beccaria*, in “*L'irascible, Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences Criminelles*”, 2011, n. 1 (Les Lumières du pénal), 22.

²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 17.

²² C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. VII, 26.

²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 18.

²⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 19.

²⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. IV, 18.

²⁶ «Cognizione del fatto, applicazione letterale della legge, ecco a che si riducono tutti i doveri d'un giudice»: G. FILANGERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del sovrano che riguarda la riforma*

Nella visione illuministica (almeno della maggioranza degli Illuministi), pertanto, *il giudice può solo “applicare”, non “interpretare”, la legge*; meglio: tra la legge e la sua applicazione non ci può essere “spazio” per un’altra attività, appunto l’interpretativa, che cerchi di individuare “al di là della lettera” della legge il suo “spirito” (ossia ciò che il legislatore “avrebbe” comandato se si fosse trovato a valutare la situazione sottoposta al vaglio del giudice). Così facendo infatti il giudice si sostituirebbe, di fatto, nelle scelte politiche ultime al legislatore, ossia, in una democrazia rappresentativa, al Parlamento²⁷.

3. Il mito della “chiarezza” della legge e il problema della sua “oscurità” come causa della interpretazione

Per concludere e ricapitolare sul punto. L’idea-guida di Beccaria – ma in genere dei rappresentanti del c.d. Illuminismo giuridico – che l’“interpretazione” delle leggi sia, di per sé, un “male” e quindi senz’altro da vietare, si connette a due presupposti politicamente diversi anche se parzialmente intersecanti. Da un lato, all’idea filosofico-politica della “separazione dei poteri”, principio di cui il divieto di interpretazione giudiziale della legge, intesa correttamente come vera e propria attività di “creazione” del diritto in grado di colmare le “lacune” della *littera legis*, costituisce un’applicazione. Principio della divisione dei poteri che è esso stesso, a sua volta, una conseguenza diretta del fondamento “contrattuale” del “diritto di punire”, nel senso che solo i cittadini, in quanto titolari esclusivi della “sovranità”, possono “autolimitarsi” nelle loro libertà e diritti fondamentali attraverso i propri rappresentanti.

D’altro canto, il divieto di interpretazione giudiziale della legge si collega ad un altro “mito”, anch’esso di tipica matrice illuministica ma direttamente fun-

dell’amministrazione della giustizia, in ID., *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, (1774), vol. II, Bruxelles, 1841, 385 (cit. da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2011, 10^a ed., 185 nota 115), secondo cui, fra l’altro, «*Equità, interpretazione, arbitrio* non sono altro che voci sinonime» [corsivi dell’Autore] (*ibidem*, 380-382).

²⁷ Sintomatico di quest’ultimo atteggiamento “intellettuale” è viceversa il fatto che attualmente, nell’interpretare le stesse “regole sull’interpretazione” in quegli ordinamenti che le prevedono in apposite disposizioni legislative (come in Italia), il riferimento esplicito al criterio della “intenzione del legislatore” (*intentio legislatoris*) venga, al contrario di quanto auspicato dagli Illuministi, normalmente letto dagli “interpreti” – giudici e dottrinari – non come sinonimo di intenzione “soggettiva” del legislatore “storico”, ma come “*intentio legis*” ossia intenzione “oggettivata” del testo legislativo, frutto della sua interpretazione “sistematica”; detto altrimenti, come *ratio* ossia “scopo” o “funzione” della legge ormai “oggettivata” (nel senso di volontà “autonoma” rispetto a quella che era la volontà “politica” degli estensori della legge scritta).

zionale alla “garanzia” dei beni fondamentali della persona, secondo cui la “codificazione”²⁸, una volta attuata, avrebbe reso il diritto “semplice e chiaro” e dunque “accessibile” a tutti (favorendo così – insieme alla “pubblicità” di cui avrebbe dovuto godere lo stesso codice – la “conoscibilità” della legge da parte dei cittadini); il che, accompagnato dalla struttura generale e astratta delle sue disposizioni, avrebbe altresì garantito il valore della “certezza” del diritto, da intendere come (ragionevole) “prevedibilità” (*rectius*: “predicibilità”; *supra*, § 2), da parte dei consociati, della decisione del giudice nel caso concreto, e quindi garantito la stessa “uguaglianza” dei cittadini davanti alla legge. A sua volta, proprio la semplicità, chiarezza e accessibilità a tutti della “legge” avrebbe reso questa, per così dire, “democratica” – oltre che per provenire dai rappresentanti del popolo attraverso il contratto sociale –, per cui non avrebbe avuto più senso l’intervento di una “classe” di “giuristi” professionisti per “interpretarla”²⁹.

Beccaria è infatti chiarissimo nel denunciare come il “male” costituito dall’interpretazione sia, fra l’altro, strettamente collegato alla “oscurità” delle leggi:

«Se l’interpretazione delle leggi è un male, egli è evidente esserne un altro l’oscurità che trascina seco necessariamente l’interpretazione; e lo sarà grandissimo, se le leggi sieno scritte in una lingua straniera al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicare da sé stesso qual sarebbe l’esito della sua libertà, o de’ suoi membri; in una lingua che formi di un libro solenne e pubblico un quasi privato e domestico³⁰.

²⁸ PH. AUDEGEAN, *Codification et interprétation*, cit., 15-16: «*Inconnu avant le XIX^e siècle, le terme de codification peut néanmoins servir à désigner une double exigence des Lumières juridiques: la réduction des sources du droit à la seule loi, la publicité maximale de cette loi* [nota 2: *Beccaria formule ainsi le souhait d’un «code qui circule entre les mains de tous les citoyens».* (...) *Cette seconde exigence obéit à une logique utilitariste de la maximisation; la première obéit au contraire à une logique normative du tout ou rien.*]. *C’est au nom de cette exigence que, dans le § IV des Délits et des peines, Beccaria élabore une doctrine sévère et inédite de l’interprétation judiciaire des lois pénales: toute interprétation doit, selon lui, être purement et simplement interdite, d’abord pour des raisons de justice, ensuite pour des raisons d’utilité.*

²⁹ Di un “codice” come «stabile monumento del patto sociale» che «giri fra le mani di tutti i cittadini» parla sempre Beccaria, rispettivamente, in ID., *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. V, 21, e Cap. XXXIII, 105.

³⁰ Si pensi alla denuncia dell’uso del “*latinorum*” da parte dei giuristi di fronte alle persone semplici e umili che il nipote di Beccaria, Alessandro Manzoni, fa nel suo capolavoro, “*I promessi sposi*”, tratteggiando la splendida – e immortale – figura dell’avvocato “*Azzecagarbugli*”, quale tipico esempio di una visione – senz’altro politicamente patologica – della legge, la cui interpretazione (meglio: individuazione o, senz’altro, creazione) è rimessa ad una “casta” di “signori del diritto” (secondo la felice espressione usata nel titolo dell’edizione italiana del libro di R. C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Profes-*

Quanto maggiore sarà il numero di quelli che intenderanno e avranno fra le mani il sacro codice delle leggi, tanto meno frequenti saranno i delitti, perché non v'ha dubbio che l'ignoranza e l'incertezza delle pene aiutino l'eloquenza delle passioni»³¹.

È chiaro come, pur riferendosi qui Beccaria evidentemente all'uso - anche giuridico - della lingua latina, comune fra gli uomini di cultura fino agli inizi dell'Ottocento, le sue considerazioni abbiano una portata più ampia, dal momento che possono tranquillamente essere riferite anche alla semplice mancanza di chiarezza delle leggi, qualunque ne sia la causa (*"Oscurità delle leggi"* è infatti il titolo del Capitolo V del suo trattato). Già nelle parole di Beccaria sulla necessaria "chiarezza" e "semplicità", ossia "accessibilità" alla comprensione di tutti gli uomini, della legge abbiamo dunque espressi *in nuce*, senza troppe - e forse inutilmente complicanti - parole, i moderni principi politico-criminali di "tassatività" e di "sufficiente determinatezza" delle incriminazioni. Così come è altrettanto chiara in Beccaria la necessaria, e quindi logica, connessione della "chiarezza", e dunque della "certezza", delle leggi - oltre che della loro "pubblicità" - con l'efficacia di "prevenzione generale", c.d. "negativa", della minaccia della pena.

In realtà, l'idea di Beccaria - e degli altri Illuministi - di vietare *tout court* l'interpretazione delle leggi penali, dovendo il giudice essere mera "bocca delle legge", ossia semplice "fruitore" di questa attraverso il ricorso ad un "sillogismo perfetto"³², si rivela a ben vedere per quello che effettivamente è, ossia una mera "suggerzione" se non una vera e propria "illusione" basata su una visione che potremmo definire senz'altro "ingenua" del principio della "divisione dei poteri", per cui, da un lato, tutto il "diritto" starebbe nella "legge" (se non addirittura in un "codice", cui si ridurrebbero le fonti legittime del diritto), dall'altro, l'interpretazione giudiziaria andrebbe conseguentemente vietata proprio perché se ne riconosce correttamente la natura di vera e propria attività di "creazione" del diritto, che in quanto tale interferirebbe inevitabilmente con la sfera di potere riservata al legislatore.

sors, trad. it. *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. Ascheri, Milano, 1991).

³¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., Cap. V, 21.

³² Per una critica all'idea di sillogismo come fondamento epistemologico esplicativo del ragionamento giudiziario, vedi M. TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, in *Verità e metodo in giurisprudenza*. Scritti dedicati al Cardinale Agostino Vallini in occasione del 25° Anniversario della consacrazione episcopale, a cura di G. Dalla Torre e C. Mirabelli, Città del Vaticano, 2014, *passim* (spec. § 8).

Ovvio, pertanto, il “sogno” che muove gli Illuministi: se si vuole impedire l’arbitrio giudiziario, derivante dalla ricerca attraverso l’interpretazione dello “spirito” della legge, causa dell’incertezza e della conseguente disuguaglianza dei cittadini nell’applicazione concreta del diritto – arbitrio che aveva caratterizzato l’*Ancien Régime* –, solo la “legge”, previa e uguale per tutti, può “garantire” il cittadino nei suoi diritti fondamentali; legge, in particolare penale, che, incidendo attraverso la pena sul primario diritto di libertà personale del cittadino, trova la sua legittimazione “politica” nel fatto di essere l’unica fonte del diritto “legittimata democraticamente” attraverso il “contratto sociale”.

4. L’interpretazione giudiziale come momento logicamente ineliminabile dell’applicazione della legge. La effettiva natura giuridica dell’interpretazione come “creazione” del diritto. Verso una teoria “realistica” delle fonti del diritto penale

Il “rifiuto” dell’interpretazione della legge da parte degli Illuministi costituisce però, a ben vedere, frutto di una vera e propria *contraddizione logica*: se infatti la “legge” è modernamente, per definizione, *lex scripta*³³, essa è formata da ciò che oggi definiremmo “proposizioni” o “enunciati linguistici” (ossia, linguisticamente, “significanti”) i quali, affinché se ne possa individuare il “significato”, debbono essere necessariamente “interpretati”. Onde l’*“impossibilità logica”* di escludere un momento di “interpretazione”³⁴ tra la legge e la sua applicazione; momento che, in genere ma sicuramente in via “esclusiva” nel diritto penale (come subito vedremo), è affidato al giudice³⁵. Se

³³ Proprio a partire dall’Illuminismo e dalla c.d. “età della codificazione” si esclude infatti, non a caso, dal sistema delle fonti del diritto penale la “consuetudine” – nonostante si tratti, a ben vedere, della fonte più “democratica”, in quanto opera “collettiva” della generalità dei consociati (ossia “fatto normativo”) –, proprio perché il suo “procedimento di rilevazione”, essendo affidato al giudice, è quanto mai “incerto”. Da ciò si comprende agevolmente il gravissimo problema dal punto di vista delle garanzie dell’individuo che presenta il c.d. “diritto internazionale penale”, che, al contrario, riconosce fra le sue legittime fonti di incriminazione anche la consuetudine e, addirittura, i – non meglio identificati – «principi generali del diritto riconosciuti dalla comunità delle nazioni» (come testualmente si esprime l’art. 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici).

³⁴ Anche infatti muovendo dalla tradizionale concezione dell’interpretazione come attività meramente “ricognitiva” (= “riconoscitiva”) del significato della legge (*contra* vedi però *infra*, §§ 6-8), essa deve comunque essere logicamente intesa come momento – inevitabile – di “concretizzazione” (*rectius*: di “maggiore concretizzazione”) della legge, pur mantenendosi il suo “risultato” normativo “generale” o, meglio, “generalizzabile”. Sul punto, in particolare, vedi anche *infra*, nota 134.

³⁵ Si noti tuttavia come un momento, inevitabile, di interpretazione spetti anche all’autorità amministrativa, attraverso le c.d. “circolari ministeriali”, fonti di norme c.d. “interne” (in quanto non costitutive del diritto oggettivo), che indicano “come” una certa legge debba essere “applicata” dalla pubblica ammini-

dunque non è logicamente possibile contestare l'ammissibilità dell'interpretazione giudiziale - neppure al fine di rispettare, quantomeno formalmente (se non formalisticamente), quel vero e proprio "assioma politico" rappresentato ancora oggi dal principio della "separazione dei poteri" -, il problema è allora vedere che cosa si debba intendere, propriamente, per "interpretazione": in una parola, qual è la sua specifica "*natura*" e dunque, correlativamente, il vero "ruolo" e quindi la "*funzione*" sul piano giuridico e istituzionale dell'interpretazione del giudice o, meglio, del giudice nell'interpretazione della legge.

Premetto che il discorso che mi accingo a svolgere e le conclusioni cui perverrò non necessariamente debbono valere per tutto l'ordinamento giuridico (anzi, dico subito che sicuramente non valgono). Ai fini più limitati del ragionamento che intendo sviluppare in questa sede, mi preme anzitutto sottolineare come - a differenza di ciò che accade in altri settori dell'ordinamento giuridico - il c.d. "diritto penale", da intendere specificamente come l'insieme delle "norme" che descrivono le figure di reato e le relative sanzioni, presenta la *rilevante particolarità* di non vivere fuori del "processo". Se infatti - come è stabilito dalle Costituzioni di tutti gli Stati democratici e dai Trattati internazionali - nessuna restrizione o limitazione della libertà personale, in quanto diritto inviolabile dell'uomo, e dunque anzitutto nessuna pena criminale, può essere "legittimamente" disposta «se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi [*in primis*, le modalità processuali] previsti dalla legge» (come testualmente recita l'art. 13 comma 1 Cost., disponendo le garanzie della "riserva di giurisdizione" e della "legalità della procedura" come aspetto "processuale" del principio di legalità "formale" dei reati e delle pene), ne consegue che *la c.d. norma penale "sostanziale" esiste e rileva solo all'interno del processo penale*. Conclusione che trova una significativa conferma altresì nell'art. 9 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici, che *subordina* la stessa "*legittimità*" della pena criminale, come di qualunque altra privazione della libertà personale, alla circostanza che essa debba avvenire «*per i motivi e secondo la procedura stabiliti dalla legge*».

Ciò significa in altri termini che, se l'accertamento della responsabilità penale di un individuo e l'applicazione della relativa sanzione (ma oggi anche la sua concreta esecuzione) può avvenire solo *all'interno* di un processo penale, ossia che tutta la *effettiva "dinamica"* del diritto penale passa attraverso il "filtro"

strazione; amministrazione che però, a differenza della giurisdizione, risponde sempre alle istanze politiche del popolo (o in via diretta, come nei sistemi presidenziali, o in via indiretta, come nei sistemi parlamentari).

costituito dalla “*mediazione necessaria del giudice*” (sia pure, a sua volta, condizionata da altri “passaggi” istituzionali, come l’iniziativa del P.M. nel promovimento prima e nell’esercizio poi dell’azione penale), ne consegue che, non potendo mai mancare, *il processo appartiene alla “fisiologia” dell’esperienza giuridica penalistica (nullum crimen, nulla poena sine iudicio)*³⁶.

Posto dunque che il diritto penale non vive fuori del processo, occorre allora domandarci qual è il significato che l’atto c.d. “applicativo” del “diritto” penale da parte del “giudice” ha nella “individuazione” della effettiva *regula iuris*, rendendo quindi non più procrastinabile il riconoscimento del *reale significato e portata dell’atto di “interpretazione” giudiziale* quale logico “presupposto” dell’applicazione della “norma” penale nel caso concreto. In quest’ottica, appare allora probabilmente frutto di “ingenuità” pensare ad una teoria del diritto e/o dell’ermeneutica giuridica “unitaria” per tutte le branche dell’ordinamento giuridico³⁷, posto che, forse, è proprio la diversa “funzionalità” assoluta da ciascun settore dell’ordinamento giuridico a determinare, conseguentemente, una diversità degli approcci metodologici e dei procedimenti ermeneutici utilizzabili (e utilizzati); nel senso, in particolare, che non è detto che i risultati raggiunti in ordine al significato dell’attività interpretativa del giudice debbano essere necessariamente gli stessi in tutti i settori dell’ordinamento. In particolare, voglio qui solo sottolineare che le conclusioni cui intendo pervenire in considerazione del ruolo imprescindibile del processo nella dinamica applicativa del diritto penale – ossia che le “norme” penali sono “create” *esclusivamente* dal giudice: *infra*, §§ 6 e 9 – mi consente di non affrontare il problema di teoria generale se unica e vera, in quanto ef-

³⁶ Il che ci consente allora di pervenire anche alla conclusione – senz’altro dogmaticamente più corretta – che, in realtà, dal punto di vista normativo, esiste un unico concetto di “norma penale”, che si può ben definire “reale” anche dal punto di vista “formale”, norma *unica* in quanto composta da “segmenti” di natura sostanziale, processuale ed esecutiva, e dalle relative regole, che possono utilmente distinguersi solo per comodità espositiva e didattica. Detto altrimenti, è come se la norma penale, utilizzando lo schema kelseniano del “giudizio ipotetico”, fosse così formulata: «Se il fatto di reato A è stato accertato secondo le regole del processo penale, il giudice deve applicare la sanzione B, che verrà eseguita secondo le modalità stabilite dalle regole dell’esecuzione penale». Sul concetto di norma penale “reale” vedi, per tutti, M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., 14-16.

³⁷ La stessa “norma penale incriminatrice” in senso stretto (ossia quella che ha come potenziali destinatari la generalità dei consociati) ha infatti, a mio parere, *già dal punto di vista della teoria generale*, e non solo del diritto positivo (come accade in quegli ordinamenti che sanciscono – magari persino a livello costituzionale, come in Italia – il principio di “colpevolezza” per il fatto o, meglio, di “personalità” della responsabilità penale), una “*struttura diversa*” – necessariamente di “*imperativo*”, data la funzione logicamente “preventiva” della sanzione “punitiva” – rispetto alle norme di altri settori dell’ordinamento. Si può infatti “prevenire”, imponendo una certa condotta, solo ciò che rientra nella sfera di “controllo” del destinatario della norma.

fettiva, “fonte” del diritto sia sempre e comunque, per tutti i settori dell’ordinamento, la giurisprudenza.

In questa sede, posso solo individuare alcuni punti della complessa problematica che ruota intorno al concetto di interpretazione e alla sua portata pratica, che poi sono solo spunti di riflessione, oltretutto limitati – come detto – all’interesse stretto del penalista (senza alcuna pretesa di “generalizzazione”). Come per Beccaria e per Verri, infatti, il problema dell’interpretazione (volendosi mantenere fedeli alla prospettiva “ideologica” di questi autorevoli esponenti dell’Illuminismo) non può essere qui affrontato in una prospettiva esclusivamente, o principalmente, ermeneutica o di teoria del linguaggio, come normalmente fanno i giuristi (specie i teorici generali) che si occupano di questi temi, ma anzitutto – e direi soprattutto – di filosofia politica e politica *tout court*, oltre che costituzionale-istituzionale (ossia tenendo conto della c.d. “costituzione materiale”, cioè degli effettivi “rapporti politici di forza” tra i poteri e le istituzioni dello Stato)³⁸.

5. La norma di “liceità penale” implicita e la rimessione al giudice della stessa individuazione dell’intero sistema dei reati e delle pene e quindi del confine tra il “lecito” e l’“illecito” penale

Una precisazione *in limine*. Anche aderendo – come ipotesi di lavoro – all’opinione, ancora oggi assolutamente prevalente, che l’interpretazione consentirebbe di individuare un senso “oggettivo” dal testo legislativo (vedremo tuttavia che ciò non è logicamente possibile: *infra*, §§ 7 e 8), occorre comunque sottolineare come, a prescindere da qualunque posizione, eventualmente diversa, dovesse prendersi su un piano di teoria generale, con riferimento al sistema penale non possa esservi alcun dubbio in ordine all’esistenza di una c.d. *norma generale “esclusiva”* (nel senso che «*tutto ciò che non è espressamente vietato, è permesso*»)³⁹, essendo detta norma di “liceità” penale positi-

³⁸ Sul concetto di “costituzione materiale” vedi, per tutti, C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Centro di Studi “Per la storia del pensiero giuridico moderno”, vol. 49, ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, *passim*.

³⁹ Sicuramente tale norma esiste nel sistema penale, trattandosi del settore senz’altro più rilevante dell’ordinamento (anche se non l’unico: si pensi altresì al settore del “diritto punitivo amministrativo”) dove vige, almeno “formalmente”, il principio di “stretta legalità” o “tassatività” (quantomeno con riferimento alle incriminazioni, mentre si discute sull’ammissibilità dell’analogia c.d. *in bonam partem*). In senso contrario, in generale, vedi H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, a cura di M. G. Losano, Torino, 1985, 158-162, che sembra escludere la possibilità che un “permesso” in senso meramente “negativo” – che si avrebbe quando un comportamento non è giuridicamente né vietato né imposto –

vamente prevista - quantomeno *implicitamente* - da precise disposizioni di legge. In particolare, nell'ordinamento italiano, essa si ricava già a livello costituzionale - ancora una volta - dal citato art. 13 Cost., il quale - dopo aver stabilito, come principio generale, che «la libertà personale è inviolabile» - dispone, in via di «eccezione» a detta regola, che le «restrizioni» alla libertà personale sono ammesse «*nei soli casi e modi previsti dalla legge*», fissando quindi il principio di «tassatività»⁴⁰ delle incriminazioni (di cui il principio di «frammentarietà» costituisce un corollario). Ciò significa, chiaramente, che tutto ciò che non è penalmente vietato è, sempre, penalmente lecito, in virtù appunto di una *norma generale «esclusiva» di «liceità penale» implicita*⁴¹.

possa costituire funzione di una qualunque norma; il che non varrebbe, viceversa, per una, eventuale, regola che stabilisse che «Ciò che non è permesso è vietato», anche se lo stesso Kelsen riconosce che un tale divieto «lo si può pensare sul piano teorico, ma non lo si può eseguire sul piano pratico» (*ibidem*, 162).

⁴⁰ Principio di «tassatività» ribadito implicitamente, sempre a livello costituzionale, alla stregua della sua *ratio* di garanzia, dall'art. 25 comma 2 Cost. (a tenore del quale «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso») e sancito, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 1 c.p., secondo cui «Nessuno può essere punito per un fatto che non sia *espressamente* preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite». Con riferimento viceversa al diritto punitivo amministrativo, la «garanzia» di «tassatività» degli illeciti amministrativi (sancta dall'art. 1 comma 2 Legge 24 novembre 1981, n. 689, secondo cui «Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano *soltanto nei casi* e per i tempi in esse considerati») non sembra però godere, almeno secondo l'opinione della dottrina maggioritaria, della «copertura» costituzionale.

Da un punto di vista di teoria generale, occorre a sua volta sottolineare come il principio di «*tassatività*» debba essere nettamente distinto - il che però spesso non avviene - dal principio di «*tipicità*» ossia di «*fattispecie*»: infatti, tutto ciò che è, in qualunque modo, «previsto» dalla legge, anche con formule «aperte» o addirittura vaghe o indeterminate, è in ogni caso sempre «tipico» dal punto di vista normativo. Onde, fra l'altro, l'erroneità della formula comunemente usata dai civilisti di «atipicità dell'illecito» con riferimento alla clausola generale della responsabilità civile, di derivazione francese, secondo cui (come recita ad es. l'art. 2043 c.c.) «Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno», dove si tratta, in realtà, di mancanza di «tassatività» della formulazione legislativa.

⁴¹ Siamo qui in presenza di una vera e propria «norma», autonoma, di «*liceità penale*», non di una situazione di mera «indifferenza» giuridica. Nel settore penale dell'ordinamento infatti non ci può, logicamente, essere una zona di «indifferenza» normativo-giuridica, proprio per l'esistenza, (quantomeno) implicita, della norma generale «esclusiva». Ciò a prescindere dalla risposta da dare, in una prospettiva di teoria generale, al quesito sulla ammissibilità di una zona di «indifferenza giuridica» tra il lecito e l'illecito: in senso favorevole, sia pure con argomentazioni diverse, vedi, per tutti, ARTH. KAUFMANN, *Rechtsphilosophie*, München, 1997, 2. Aufl., (15. Kapitel. *Die Lehre vom „rechtsfreien Raum“*), 226-234 (che parla, in particolare proprio con riferimento al sistema penale, di «spazio libero dal diritto» nel senso di «non valutato» dal diritto) e H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., 158-162 (che distingue il «permesso» in senso «positivo» da quello semplicemente «negativo» come sinonimo di condotta «libera», in quanto non vietata né comandata: vedi anche *supra*, nota 39). Sulle conseguenze che la conclusione sull'esistenza di una norma generale di «liceità penale» implicita comporta nella specifica prospettiva della successione di leggi penali nel tempo vedi M. TRAPANI, Abrogatio. *Contributo alla dommatica dell'ambito di validità temporale della norma giuridica penale*, in *Giur. it.*, 2011, spec. 490 ss. (questo lavoro, parzialmente rivisto e ampliato, è in corso di pubblicazione in lingua spagnola col

Se dunque le incriminazioni, incidendo sulla libertà personale, costituiscono vere e proprie “eccezioni” alla “regola generale” dell’“inviolabilità” della libertà personale, per cui *tutto il diritto penale dovrebbe considerarsi “diritto di eccezione”*, il problema è, ancora una volta, di “interpretazione”, posto che spetterà comunque sempre al giudice stabilire quali sono i «soli casi» di restrizione della libertà personale «previsti dalla legge»; con la conseguenza che occorre allora anzitutto domandarsi se, in diritto penale, sia vietata solo l’analogia (almeno quella *in malam partem*) o anche l’interpretazione “estensiva”, come dovrebbe logicamente essere, una volta riconosciuto che le norme penali incriminatrici sono, propriamente, norme “eccezionali”, da interpretarsi dunque in senso strettamente “letterale”⁴² (e sempre poi che sia, a monte, teoricamente ipotizzabile già sul piano logico la stessa distinzione tra analogia e interpretazione estensiva)⁴³. Infatti, qualora – come ritiene la dottrina dominante ma soprattutto, ed è ciò che praticamente qui interessa, la giurisprudenza – questa “formula linguistica” dovesse essere intesa (cioè “interpretata”) come indicazione del mero divieto di “analogia”, ritenendosi quindi ammissibile la c.d. interpretazione “estensiva” della “legge” penale, “optandosi” di conseguenza per un’interpretazione “restrittiva” dei diritti di libertà⁴⁴, alla fine – anche cioè ritenendo che l’interpretazione abbia natura meramente “ricognitiva” (= “riconoscitiva”) del significato della legge – lo stesso “confine”

titolo Abrogatio. *Lineamientos de la validez temporal de la norma jurídica* nella *Collección Monografías*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá).

⁴² A questo proposito, non mi sembra infatti neppure un caso che, nelle disposizioni che in tutti gli ordinamenti giuridici si occupano dell’interpretazione delle leggi e dei suoi limiti, le norme “penali” siano generalmente *affiancate*, in sede di disciplina, alle norme “eccezionali”, come avviene ad es. nel sistema italiano con l’art. 14 delle Disposizioni sulla legge in generale, rubricato “*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*”, a tenore del quale «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano *oltre i casi* e i tempi in esse considerati»; il che mi sembra confermare, già a livello normativo, come le prime siano solo una “specie”, magari la più importante, delle seconde. E non è a sua volta neppure casuale che l’art. 14 Disposizioni sulla legge in generale utilizzi una formula praticamente identica a quella dell’art. 13 Cost. (che ammette la «restrizione della libertà personale», in cui si concreta la pena detentiva, «*nei soli casi* e modi previsti dalla legge»).

⁴³ Sottolinea come un eventuale accoglimento dell’«impostazione teorica, secondo la quale lo stesso procedimento interpretativo ha natura sostanzialmente analogica, per cui tra interpretazione estensiva ed analogia può esservi una differenza non qualitativa, ma di grado», comporti, come logica conseguenza, che «il divieto di analogia non costituisce più un sicuro baluardo, idoneo a fissare dall’esterno i confini delle interpretazioni rispettivamente ammissibili e inammissibili», riducendosi «in realtà a semplice “argomento”», G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice. Raccolta di scritti*, Padova, 2002, 38. Lo stesso Autore fa poi notare, in particolare, come «l’obbligo di interpretare restrittivamente la legge penale – ove per avventura introdotto nell’ordinamento – non potrebbe non essere fatto oggetto, esso stesso, di interpretazione» (*ibidem*, 36).

⁴⁴ È quasi superfluo sottolineare come “sfera della libertà personale” e “ambito applicativo delle norme penali incriminatrici” siano *termini inversamente proporzionali*, nel senso che più “si amplia” l’ambito applicativo delle norme incriminatrici più, correlativamente, “si restringe” la sfera di libertà individuale.

tra il “lecito” e l’“illecito” penale, ossia l’effettivo significato normativo dell’*intero* sistema penale, sarebbe comunque rimesso, già a monte, al potere “interpretativo” del giudice, ossia, in sostanza, al suo assoluto “arbitrio”⁴⁵.

6. La natura “creativa” dell’interpretazione giudiziale. La distinzione concettuale tra “disposizione” e “norma”. Il giudice quale unico creatore della norma penale

L’idea – ancora fortemente diffusa – che il giudice, nell’interpretare la “legge”, non “crei” diritto – in particolare, impedendo di vedere nella giurisprudenza l’unica, vera, “fonte” delle norme penali incriminatrici – dipende, a mio avviso, dalla *confusione*, ancora oggi assai frequente in quella parte della dottrina non sufficientemente addestrata all’uso di concetti di teoria generale, tra “norma” e “disposizione”. La “norma” infatti – giova sottolinearlo anche in questa sede – non coincide affatto con l’enunciato linguistico (= insieme di parole) contenuto nel documento in cui si materializza la legge scritta, ma è, per sua natura, solo il “risultato” dell’attività (cosiddetta) “interpretativa” del giudice avente ad oggetto uno o – in genere – più enunciati linguistici, ossia, propriamente “disposizioni” di legge; norma che, a sua volta, costituisce il “presupposto” logico della “decisione” del caso concreto. Detta confusione che impedisce di vedere la “realtà” normativa delle “fonti” è particolarmente grave, posto che un qualunque ordinamento giuridico – anche “parziale”, come quello penale – si caratterizza proprio per ciò che è, nella realtà, il “sistema” effettivo delle sue “fonti” di produzione del diritto (*rectius*: delle “norme” che lo costituiscono)⁴⁶.

Ora, l’idea stessa dell’“interpretazione” della legge presuppone comunque, per definizione, l’esistenza di una “disposizione di legge” *preventivamente* introdotta nell’ordinamento dal legislatore, ossia di un enunciato linguistico

⁴⁵ Giudice che, magari, volendo comunque garantire l’ossequio “formale”, o meglio: “apparente”, alla legge, potrebbe sempre affermare, *ex post*, che un certo risultato “interpretativo” va qualificato come interpretazione estensiva, legittima, o analogia, vietata, proprio sulla base del risultato pratico cui intende pervenire.

⁴⁶ La mia teoria delle “fonti” delle norme penali, di per sé di natura “descrittiva” dei “luoghi” dell’ordinamento giuridico penale in cui si producono le “norme” *effettivamente* “vincolanti”, è altresì “prescrittiva”, in quanto deriva da quelle norme costituzionali di “organizzazione” (come quella che di fatto, nella realtà “operativa” del sistema – e quindi nella “prassi” – costituzionale, si ricava dal “disposto” dell’art. 13 della Costituzione), che attribuiscono *esclusivamente* al giudice il potere di “interpretare” in modo “vincolante” (*scilicet*: “obbligatorio” per i consociati), in quanto “coattivo”, le “disposizioni” contenute negli atti normativi “formali”. Articolo 13 della Costituzione che dunque contiene una vera e propria “norma sulla produzione” del diritto, in particolare del diritto penale.

normativo da interpretare. Facendo riferimento all'interpretazione, cioè, il giudice, quantomeno a livello "declamatorio", riconosce l'esistenza di un *quid* proveniente dal "legislatore", ossia da un organo "eccentrico" e distinto rispetto a chi deve decidere nella situazione concreta, e che, in qualche modo, ne viene - almeno formalmente (*rectius: apparentemente*) - a limitare il potere decisionale⁴⁷.

Si noti tuttavia come gli enunciati linguistici costitutivi delle "disposizioni" di "legge" *prima dell'interpretazione* siano solo un insieme di "segni" ossia di "lettere morte". Qualunque testo scritto, al di fuori dell'interpretazione, è una realtà "vuota"⁴⁸: infatti, un "testo" di legge - come qualunque testo scritto costituito da enunciati linguistici (o anche qualunque comportamento umano) - "vive", cioè "esiste", solo in quanto "interpretato": prima dell'interpretazione c'è solo una "potenzialità" di "significati" (*plausibili o meno non importa*). Trasferendo queste considerazioni al piano giuridico, ciò significa anche che la "norma", non esistendo prima della - e indipendentemente dalla - interpretazione del testo legislativo da cui si ricava⁴⁹, *vive solo nel momento della sua concreta applicazione*⁵⁰. Detto altrimenti, che la "norma" sia il risultato,

⁴⁷ Diverso sarebbe il discorso laddove (come mi sembra accadere oggi in Colombia dopo la sentenza della Corte Suprema del 10 aprile 2013, riprodotta in *Cuadernos de Derecho Penal*, n. 9, Universidad Sergio Arboleda, 2013, 143-179, con i commenti fortemente - e giustamente - critici di Fernando Velásquez V. e Christian Wolffhügel Gutiérrez) si affermasse, già a livello normativo, che il principio di legalità è un mero "formalismo", come tale comunque "superabile" dal giudice, e che la giurisprudenza (ossia il diritto creato dai giudici, quantomeno delle Corti Supreme) è, pertanto, una vera e propria fonte "formale" del diritto *"superiore" anche alla legge del Parlamento*. A ben vedere però, anche così ragionando, non ci sarebbe niente di nuovo sotto il sole: saremmo infatti in presenza di un riconoscimento esplicito già a livello normativo, e quindi di un ritorno, al c.d. "diritto libero" (anche se oggi sulla base di presupposti politici e ideologici diversi dal passato).

⁴⁸ Si noti come lo stesso discorso possa essere ripetuto anche per quei "segni" linguistici costitutivi di un'opera letteraria o poetica ovvero rappresentativi di note musicali: "segni" che vivono - ossia acquistano "senso" - solo attraverso, appunto, l'interpretazione che di essi dà il singolo lettore o musicista, che ne trarrà "esperienze" diverse secondo il suo personale modo di vedere e le sue sensazioni che gli derivano dalla "vivificazione" di quei segni, e che possono essere diverse (anche) a seconda delle circostanze contingenti in cui si trova ad effettuare l'operazione interpretativa. Il che conferma come qualunque tipo di interpretazione, che è un concetto generale, si risolve in attività eminentemente o, meglio, esclusivamente "creativa".

⁴⁹ L'idea che la "norma" - almeno quella penale - è esclusivamente il risultato di un'attività interpretativa del giudice può anche essere considerata espressione, nel campo del diritto, dell'emersione nella moderna filosofia ermeneutica - o almeno in una delle sue più importanti declinazioni - della concezione che la "realtà" - l'"essere" - è "ciò che si comprende", il risultato dell'attività del comprendere, ossia dell'interpretazione. E anche la "norma", come "ente giuridico", vista nella sua "esistenza", è il risultato dell'interpretazione di un *quid* - la "legge" scritta - che solo attraverso l'interpretazione "esiste" in quanto "oggetto di conoscenza".

⁵⁰ «Preziose intuizioni sono racchiuse nel noto assunto di [OSKAR] BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, 1885, *passim*: le norme sostanziali configurano il semplice progetto d'un futuro ordinamento giuridico,

ultimo, dell'interpretazione trova conferma anche nella considerazione che un "testo legislativo" scritto, prima della sua "interpretazione" in funzione della sua "applicazione" (che, si ricordi, sono aspetti "inscindibili" nel momento giudiziario della dinamica giuridica; a differenza dell'interpretazione della dottrina, *direttamente* fine a sé stessa)⁵¹, è un *quid* che, sul piano della concreta esperienza giuridica, semplicemente non esiste, come accade per i "documenti" di un diritto non più vigente. *Prima* dell'interpretazione giudiziaria, ciò che esiste *non* è la "norma", regola di condotta, ma *solo un "documento" scritto*, "precipitato" di una certa "volontà", non ancora attuata (e quindi meramente "potenziale"), del detentore formale del potere politico, ossia del Parlamento⁵².

7. Il problema dell'esistenza di una sola interpretazione corretta. La pluralità di significati normativi ricavabili da uno stesso enunciato linguistico legislativo

Ora, anche nel caso in cui si ammetta che la norma costituisca solo il "risultato di senso", ossia il "significato", dell'attività interpretativa della "legge" da parte del giudice, il primo problema consiste nel chiedersi *se ad un medesimo testo legislativo corrisponda sempre una e una sola interpretazione giuridicamente "corretta", ossia "esatta", e quindi, in ultima analisi, una sola "norma" come "significato" di quel testo*. Per cui l'attività interpretativa del giudice avrebbe natura e funzione *meramente "ricognitiva"* di un "diritto" già esistente nella "legge" in quanto già "creato" da quegli organi, come il Parlamento, che, secondo le meta-norme sulla produzione normativa contenute in una certa Costituzione, sono in via esclusiva legittimati a produrlo (concezione "positivistica" del diritto). Diritto di fonte legislativa che il giudice avrebbe dunque l'esclusiva funzione di "scoprire" e quindi "dichiarare" mediante proposizioni linguistiche *assertive* ("X è dovuto") attraverso un ragionamento di tipo rigorosamente "oggettivo".

In questa direzione sembrano, in effetti, muoversi le disposizioni dei codici di procedura quando fanno riferimento, fra i motivi di ricorso per cassazione, alla «*erronea* applicazione della legge» (come ad es. si esprime, testualmente, l'art. 606 comma 1 lett. *b c.p.p.*): con la conseguenza dunque che, parlandosi

destinato ad instaurarsi con la pronuncia giudiziaria»: F. CORDERO, *Il giudizio d'onore*, Milano, 1959, 113 nota 132.

⁵¹ Sul diverso "valore" delle due "interpretazioni" vedi *infra*, § 9.

⁵² Il che è facilmente verificabile nel caso, ad es., di leggi che, per i motivi più vari, non trovano mai pratica applicazione: esse non fungono da fonti, effettive, di regole di condotta.

esplicitamente di “errore”, ed essendo l’errore, per definizione, una “*falsa* rappresentazione della realtà” (in questo caso “normativa”; di «*falsa* applicazione di norme di diritto» parla specificamente l’art. 360 comma 1 n. 3 c.p.c.), se ne dovrebbe allora logicamente inferire che lo stesso ordinamento giuridico *presuppone* l’esistenza di una sola interpretazione “corretta” in quanto “esatta”, in grado quindi di “riconoscere” la *unica* “vera” norma contenuta nella legge e voluta dal legislatore. Allo stesso modo, le norme di ordinamento giudiziario parlano, a proposito dei compiti istituzionali attribuiti alla Corte di Cassazione, di assicurare «l’*esatta* osservanza e l’*uniforme* interpretazione della legge» (così ad es. l’art. 65 ordinamento giudiziario).

Prescindiamo pure in questa sede dall’autorevole opinione di Kelsen, secondo cui le qualifiche di “vero” o di “falso”, in quanto predicati solo di enunciati linguistici “descrittivi” o “assertivi” di una realtà (che potrebbe essere, si noti, *anche normativa*), e non “prescrittivi”, appartenendo al mondo dell’“essere” non avrebbero senso nel mondo del diritto, ossia del “dover essere”, per il quale dovrebbe valere solo la coppia concettuale “validità-invalidità”⁵³.

In realtà, occorre sottolineare come, anche laddove il giudice cerchi di giustificare la sua decisione attraverso processi argomentativi il più possibile “razionalmente accettabili”, e dunque “plausibili”, non esiste logicamente, nella ricerca del significato normativo di un testo di legge, la possibilità di ricorrere ad un procedimento meramente “cognitivo” rigorosamente “controllabile” secondo parametri esclusivamente “oggettivi” e sufficientemente “univoci” di “riconoscimento”, in particolare di tipo logico-deduttivo ma anche di logica del linguaggio o della c.d. argomentazione “persuasiva”, posto che, come l’esperienza insegna, l’uso degli stessi criteri logici che stanno alla base di qualunque argomentazione razionale o il ricorso agli stessi canoni interpretativi della legge scritta, ossia *il medesimo “metodo”*, può portare – e in genere porta (sia in dottrina che in giurisprudenza) – a *conclusioni “interpretative” diverse*, e quindi ad una determinata “*scelta*”, piuttosto che ad un’altra; scelta dunque “discrezionale” in quanto fondata su una personale e quindi *insindacabile “valutazione”* dell’interprete *tra diversi “significati”* che si ritiene “possibile” attribuire ad un testo legislativo, opzioni, per ipotesi, tutte egualmente “plausibili” dal punto di vista “razionale”.

Detto altrimenti, di un certo risultato interpretativo si può solo affermare, da parte del *singolo* interprete, la sua maggiore o minore “approssimazione” rispetto ad un “razionalmente credibile” “significato oggettivo” (che *si presume* – o, meglio, *si finge* – come esistente) del testo di legge in quanto “razional-

⁵³ H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., spec. 255 ss..

mente accettabile” e dunque la sua “preferenza” rispetto ad altri possibili esiti interpretativi. Ma si tratta pur sempre di una *valutazione personale* che, di per sé, non può escludere altre interpretazioni tutte sempre razionalmente plausibili⁵⁴. La “logicità” e dunque la “razionalità” è infatti solo predicato del “processo argomentativo”, cioè del “modello” di “ragionamento” attraverso cui il giudice perviene alla decisione e, prima ancora, alla individuazione attraverso l’interpretazione della norma da applicare, predicato che evidenzia solo la interna “coerenza” del c.d. *judicial reasoning*, consentendo la sua “controllabilità”, ma non condiziona a sua volta, logicamente e dunque inevitabilmente, l’“unicità” del risultato interpretativo che ne può derivare. Detto altrimenti, *la “controllabilità” può avere ad oggetto solo la “logicità interna” del procedimento ermeneutico, non la “congruenza” tra il risultato dell’attività interpretativa e la “lettera” della legge.*

8. Conferma della tesi di una pluralità di “norme” come possibile risultato interpretativo di uno stesso testo di legge. L’accoglimento del metodo “teleo-

⁵⁴ Dice H. Kelsen, *La dottrina pura*, cit., 384-385 (pur muovendo dall’idea, tradizionale, che la norma generale e astratta sia già contenuta nella legge): «Il fatto che una sentenza giudiziaria si fondi su una legge significa in verità soltanto che essa si mantiene nei limiti dello schema rappresentato dalla legge, e non che essa è *la* norma individuale, bensì *una* fra le norme individuali che possono essere prodotte all’interno dello schema della norma generale. La giurisprudenza tradizionale ritiene, però, che dall’interpretazione sia lecito aspettarsi non soltanto l’accertamento dello schema dell’atto giuridico da porre in essere, bensì anche l’adempimento di un ulteriore compito; essa ha anzi la tendenza a vedere in ciò il compito principale dell’interpretazione. L’interpretazione deve sviluppare un metodo che renda possibile attenersi esattamente allo schema accertato. La teoria tradizionale dell’interpretazione vuol far credere che la legge, applicata al caso concreto, possa fornire sempre e soltanto *una* decisione corretta (*richtig*) e che l’“esattezza” (*Richtigkeit*) giuridico-positiva di questa decisione trovi il suo fondamento nella legge stessa. Essa rappresenta il procedimento dell’interpretazione come se essa consistesse soltanto nell’atto intellettuale di spiegare o comprendere; come se l’organo che deve applicare il diritto dovesse porre in azione soltanto la sua ragione e non la sua volontà; come se, con una pura attività razionale e nelle condizioni date, si potesse compiere la scelta esatta rispetto al diritto positivo e ad esso conforme. [...] *Da un punto di vista rivolto al diritto positivo, tuttavia, non esiste alcun criterio in base al quale, tra le possibilità offerte dallo schema della norma, se ne possa preferire una all’altra.* Semplicemente non esiste alcun metodo [*scil.*: interpretativo] (che si possa definire giuridico-positivo), in base al quale si possa definire “esatto” (*richtig*) soltanto uno dei molteplici significati linguistici di una norma. [...] *Tutti i metodi interpretativi finora adottati conducono sempre e soltanto ad un risultato possibile, mai però all’unico esatto*» [corsivi miei]. Anche se occorre sottolineare come per Kelsen l’attività interpretativa del giudice serva solo ad individuare - nell’ambito di una costruzione “a gradini” dell’ordinamento giuridico - la norma *individuale* e *concreta* applicabile in sede di decisione all’interno di una “cornice” generale e astratta contenuta pur sempre nella norma di fonte legislativa; il che, tuttavia, non tocca le considerazioni fatte dall’insigne Autore sulla natura e sul significato dell’interpretazione giudiziale.

logico” e la mancanza di limiti effettivi alla interpretazione. Funzione “costitutiva” e non “dichiarativa” della interpretazione

La conclusione della logica ammissibilità di una pluralità di “significati” diversi discendenti dall’interpretazione di uno stesso testo normativo (e quindi di una “pluralità di norme”) trova poi conferma nell’idea – oggi dominante fra i giuristi teorici e pratici, specie fra i penalisti, nonostante le formali professioni di “fedeltà” alla concezione tradizionale dell’interpretazione come attività “dichiarativa” del contenuto della volontà legislativa espressa nell’atto-documento “legge” – che l’unico metodo interpretativo realmente funzionale alle esigenze del diritto come regolamentazione pratica di certi fenomeni sia quello “teleologico” o della “*ratio legis*”; per cui – si dice – il “contenuto” della “norma” potrebbe *variare nel tempo* tenendo conto delle esigenze che di volta in volta si tratta concretamente di soddisfare, in conseguenza della “funzione” che *si può supporre* propria della disposizione di legge, attraverso appunto la sua interpretazione⁵⁵. A parte l’errore di teoria generale di ritenere che possa modificarsi il “contenuto” di una norma senza contestualmente ammettere l’esistenza di una norma “nuova”⁵⁶, è evidente come il “metodo teleologico” allontani sempre più, anche dal punto di vista teorico, l’attività interpretativa da un – presunto – ruolo meramente “ricognitivo” di un diritto esistente, assegnandogli viceversa un ruolo eminentemente “creativo” dell’ordinamento giuridico. Salvo poi tentare di individuare, da parte degli stessi giuristi, un – logicamente impossibile – “punto di equilibrio” tra il rispetto da parte del giudice della “legge” (formale) e lo “spazio” maggiore o minore di “creatività” da riconoscere alla sua attività “interpretativa”. È altrettanto chiaro infatti che chi ammette che la medesima “norma” (meglio, a mio parere: “disposizione”) offra comunque un “ventaglio” di possibili “interpretazioni” – diacroniche o sincroniche non importa –, tutte egualmente “plausibili”⁵⁷, in realtà finisce per *negare* in radice la stessa possibilità logica di parlare effettivamente, a proposito dell’interpretazione giudiziale, di una attività fondata su basi epistemologiche esclusivamente “ri-cognitive” (= “ri-

⁵⁵ Così, per tutti, nella dottrina penalistica italiana, da ultimo A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, Collana diretta da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. II, Milano, 2007, 17. Si veda anche *infra*, nota 147.

⁵⁶ H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., spec. 19 ss..

⁵⁷ Vedi ad es. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., spec. 10 ss., 27 ss., 85 ss., 94 ss., pur parlando di funzione “ricognitiva” dell’interpretazione della legge (vedi anche *infra*, nota 58), e H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 384-385 (*supra*, nota 54).

conoscitive”) e quindi “dichiarative” di un diritto comunque già esistente⁵⁸. Infatti, se - per ipotesi - più sono le interpretazioni egualmente plausibili dello stesso testo, non essendo, a sua volta, contenuto nella “legge” alcun “criterio normativo” - e quindi “formalmente” vincolante per l’interprete - per individuare in modo univoco *quale* tra tutte le astratte possibilità interpretative, razionalmente plausibili, sarebbe quella “corretta” per la soluzione del caso concreto⁵⁹ (anche ammesso - e non concesso - che ciò sia teoricamente ipotizzabile, dato che qualunque eventuale criterio contenuto nella legge sarebbe, a sua volta, oggetto di interpretazione, aprendosi un circolo vizioso)⁶⁰, è allora impossibile superare lo “iato” tra norma astratta e decisione concreta su basi esclusivamente logico-deduttive (o secondo un altro criterio, anche di logica diversa come la logica del linguaggio, di cui si riconosca pur sempre la capacità di “obiettivizzare” l’interpretazione giudiziale), dovendosi comunque ammettere inevitabilmente una “scelta” da parte del giudice tra le possibili opzioni, scelta in ogni caso “discrezionale” (*rectius*: arbitraria) in quanto fondata

⁵⁸ Vedi A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig u. Wien, 1929, 316 ss. *passim*. Di ineliminabile momento “discrezionale” nell’interpretazione della legge, pur muovendo da una prospettiva epistemologica “ricognitivista” delle norme, parla viceversa L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., 10 ss. e Cap. III *passim*.

⁵⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 384-385 (*supra*, nota 54); anche se l’Autore afferma che il giudice può solo “creare” una norma “individuale”, sia pure nella “cornice” delle “possibilità interpretative” della norma “generale” contenuta nella legge, interpretazione della legge vista comunque esattamente come un atto di “volontà” e quindi in fondo come un atto squisitamente “politico” di “creazione” normativa (sia pure, ripetesi, di una norma individuale: «i tribunali applicano le norme giuridiche generali in modo da statuire norme individuali, determinate nel loro contenuto da norme generali; in tali sentenze si statuisce una sanzione concreta: l’esecuzione forzata o la pena»: *ibidem*, 267).

⁶⁰ Il “circolo ermeneutico” si manifesta in modo palese in quegli ordinamenti che (come ad es. l’italiano) conoscono disposizioni legislative contenenti le “regole” che debbono presiedere all’“interpretazione della legge”: se infatti, da un lato, l’“interpretazione” è ciò che consente di trarre il “senso” dell’“atto di volontà” contenuto nel “testo” legislativo, cioè la “norma”; dall’altro, essendo la stessa interpretazione un «fatto normativamente governato» (= qualificato) dalle disposizioni legislative contenenti le “regole sull’interpretazione”, tali disposizioni come tutti gli enunciati linguistici normativi sono anch’esse, a loro volta, soggette a “interpretazione” (sul punto vedi E. PARESCHE, *L’interpretazione nella dinamica del diritto*, in ID., *La dinamica del diritto. Contributi ad una scienza del diritto*, Milano, 1975, 324 ss.). Con la inevitabile conseguenza che dette regole, di fatto, non sono comunque in grado di adempiere alcuna funzione di “limite” dell’attività creativa del giudice: si pensi, come esempio paradigmatico, alle teorie “soggettiva” ed “oggettiva” sorte con riferimento al significato da attribuire alla locuzione «intenzione del legislatore» (contenuta, nell’ordinamento italiano, nell’art. 12 Disposizioni sulla legge in generale: *infra*, nota 68), se riferibile cioè alla volontà del legislatore “storico” o alla “*intentio legis*” come volontà “oggettiva” nella legge, ossia alla *ratio legis* (*supra*, nota 27). Sulle teorie soggettiva e oggettiva dell’interpretazione vedi, per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, a cura di L. Conti, Milano, 2003, 16^a ed., 89-90.

su una sua *soggettiva*, e quindi insindacabile, “valutazione”, di natura dunque eminentemente “politica” (*infra*, § 15)⁶¹.

L’enunciato linguistico con cui viene espresso il risultato dell’attività interpretativa, ossia la “norma”, ha dunque *natura “costitutiva”* e non meramente “dichiarativa” in quanto risultato di un procedimento “decisionale” (e non “cognitivo”), per sua natura “discrezionale”: il che conferma la *natura esclusivamente* (e non solo parzialmente) “creativa” dell’interpretazione (giuridica, ma non solo), escludendo, nel contempo, la stessa praticabilità e sostenibilità dal punto di vista epistemologico del “sillogismo giudiziario” (non a caso, viceversa, posto dagli Illuministi a base della decisione del giudice, come suo modello esplicativo e schema operativo)⁶².

L’idea che da uno stesso testo legislativo possano trarsi logicamente in via interpretativa più “norme” di contenuto “diverso” trova d’altronde una ulteriore e significativa conferma nel fatto che da sempre qualunque Corte costituzionale, in sede di decisione sulla costituzionalità di una norma, basa la tipologia delle sentenze c.d. “interpretative” (tanto di accoglimento che di rigetto) proprio sul presupposto logico che a una medesima “disposizione legislativa” possono corrispondere, contemporaneamente, più “norme”, e quindi il disposto essere conforme a Costituzione o meno *nei limiti* in cui gli si dia una certa “interpretazione” e non altra (ad es., date le norme *x, y, z*, come possibile contenuto della disposizione *A*, solo dando alla disposizione *A* il significato corrispondente alla norma *x* la stessa disposizione risulta compatibile con la Costituzione e quindi legittima, o, al contrario, incompatibile e quindi illegittima)⁶³.

In conclusione, attraverso l’interpretazione in realtà il giudice non “recepisce” un “senso oggettivo” che pre-esisterebbe nella “disposizione di legge”, ma *attribuisce per la prima volta ad essa un “senso”*, “creando” la “norma”.

Se però, come abbiamo visto, si deve riconoscere la logica – e dunque inevitabile – ammissibilità di una pluralità di “significati” diversi discendenti dall’interpretazione di uno stesso testo normativo, e quindi di una *pluralità di*

⁶¹ Vedi A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, cit., spec. 335-337. Aggiunge H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 389, con riferimento specifico all’attività interpretativa della dottrina ma con considerazioni valide anche – direi: *a fortiori* – per l’interpretazione del giudice, che «uno scrittore che, annotando una sentenza, definisce come l’unica “giusta” (*richtig*) una ben precisa interpretazione fra le molte possibili, non esercita una funzione giuridico-scientifica, bensì giuridico-politica».

⁶² Per l’insostenibilità, già dal punto di vista epistemologico, del sillogismo giudiziario vedi M. TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., spec. § 8 (*supra*, nota 32).

⁶³ Per tutti, nella dottrina costituzionalistica italiana, autorevolmente V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, *L’ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1974, 2^a ed., 153 ss.

“norme” di contenuto diverso, occorre allora prendere atto, realisticamente, non solo che ogni giudice crea la “sua” norma nel momento in cui la applica, ma anche che, alla fine della “catena” legislatore-giudice, chi, di fatto, ha l’“ultima parola” è, nella “dinamica” dell’esperienza penalistica, il giudice. Ciò anche con riferimento alla stessa “razionalità” del processo argomentativo attraverso cui il singolo giudice perviene a quella certa interpretazione, posto che il suo “controllo” rimane - almeno negli attuali sistemi di *civil law* - comunque *all’interno* della stessa corporazione giudiziaria: alla fine, infatti, chi decide se una certa interpretazione, fra tutte quelle egualmente “possibili”, si mantiene altresì dentro la “cornice” di quelle “razionalmente plausibili” è sempre comunque *solo un giudice*: o quello che ha emesso la sentenza o quello che ne ha controllato la intrinseca “razionalità” (vedi *infra*, § 16)⁶⁴. In altri termini, è l’“interpretazione” che il singolo giudice ritiene di dare ad un certo testo normativo a costituire la “base vincolante”, ossia la “regola da applicare” al caso concretamente sottoposto alla sua cognizione. Se però *la “legge”, di fatto, non può di per sé porre alcun “limite” effettivo alla discrezionalità interpretativa del giudice*⁶⁵, non preesistendo oggettivamente la norma all’interpretazione, dobbiamo conseguentemente ammettere che il giudice, a ben vedere, “crea” norme “valide”, e quindi giuridicamente “esistenti”, anche quando vi perviene attraverso una opzione interpretativa neppure fondata su una lettura “razionale” del testo di legge, come avviene con le c.d. interpretazioni *praeter legem*. Ma lo stesso deve dirsi anche di fronte alla più smaccata interpretazione *contra legem*, ossia contraria persino ad un - eventuale - chiarissimo tenore letterale della disposizione (situazione che anzi, per gli antichi, non avrebbe neppure dovuto dare luogo ad una attività interpretativa, come ribadito dal noto brocardo *in claris non fit interpretatio*), e dunque

⁶⁴ Persino se il giudice - ed è questo il punto più importante - va “al di là” della “cornice” di “possibilità interpretative” “razionalmente plausibili”, la sua “scelta”, quando passa in “cosa giudicata”, dà comunque vita ad una “norma” la cui “validità” non può più essere messa in discussione (salvo rimedi, appunto, “straordinari”). Sul punto vedi H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 298 ss. (vedi anche *infra*, nota 65).

⁶⁵ Si noti come lo stesso Kelsen, dopo aver affermato che l’attività interpretativa del giudice - nella creazione attraverso un atto di volontà della “norma individuale” concretamente applicabile (attività interpretativa, si noti, dallo stesso Autore definita come “interpretazione autentica” in quanto appunto “creativa” del diritto: *infra*, nota 74) - si deve muovere nell’arco di possibilità contenute nella “cornice” della legge generale e astratta, finisce tuttavia per giungere comunque alla conclusione che il giudice può creare diritto “valido” anche se va “fuori” dai “limiti” della suddetta “cornice”: «Si noti però che, con l’interpretazione autentica (cioè l’interpretazione di una norma da parte dell’organo giuridico che deve applicarla), si può realizzare non soltanto una delle possibilità rivelate dalla interpretazione teorica della norma da applicare, ma si può anche produrre una norma totalmente fuori dallo schema costituito dalla norma da applicare» [corsivi miei] (H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 387-388; vedi anche 298 ss. e *supra*, nota 64).

anche quando il risultato dell'interpretazione costituisca frutto di un *palese arbitrio* del giudice, dal momento che, di fronte a questa evidente "patologia" del sistema, non esistono attualmente rimedi effettivi in quanto posti nella disponibilità di organi "*estranei*" alla corporazione giudiziaria⁶⁶.

9. Il testo di legge come documento scritto contenente mere "aspettative di norme". Diversi tipi di interpretazione a seconda dei soggetti che interpretano e loro diverso valore giuridico

Prima dell'interpretazione da parte del giudice⁶⁷, il testo di legge contiene dunque solo mere "proposte di comportamento" o, meglio, solo una "potenzialità" di significati normativi, ossia mere "*aspettative di norme*" da parte dei consociati (o di quei soggetti particolarmente qualificati dal punto di vista della conoscenza giuridica che costituiscono la c.d. "dottrina").

Si può allora anche dire che la "legge" costituisce solo un'"indicazione" di natura squisitamente "politica" della "volontà" ("politica") del legislatore "storico" (la "*intentio legislatoris*", secondo quanto, oltretutto, sancito esplicitamente - fra i "criteri legislativi" di interpretazione della legge italiana - dall'art. 12 Disposizioni sulla legge in generale)⁶⁸.

Piuttosto, occorre a questo punto comunque sottolineare come neppure ciò che ho definito mera "aspettativa di norma" possa, in realtà, essere inteso - a differenza della "norma", quale risultato dell'attività interpretativa del giudice - come un *quid* di "senso" "oggettivo" che si può ricavare, come significato "immediato" (*rectius*: immediatamente intellegibile, alla stregua del linguaggio

⁶⁶ Sui "rimedi" possibili (teoricamente ipotizzabili), in funzione di garanzia delle libertà individuali, vedi *infra*, § 17.

⁶⁷ È importante comunque sottolineare come, nella dinamica del diritto penale, il "senso" della legge, ossia la (individuazione della) "norma" (concretamente applicabile), dipende - oltre che dal "modo" in cui si comportano i giudici - anche dal "modo" in cui si comportano i P.M. in quanto - oggi, nei sistemi penali moderni, praticamente - unici titolari dell'"azione penale", e quindi unico "filtro" (*gatekeeper*) che consente a certi fatti di venire in considerazione davanti agli organi giudicanti (e, quindi, anzitutto di stabilire - in sede di "imputazione" - se e alla stregua di quale "ipotesi criminosa" un certo fatto possa essere qualificato: art. 417 comma 1 lett. b c.p.p.), condizionando così, "a monte", la stessa formazione delle *regulae poenales*, alla cui "creazione" contribuiscono.

⁶⁸ Art. 12 Disposizioni sulla legge in generale (approvate preliminarmente al codice civile con Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262): «*Interpretazione della legge*. - Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla *intenzione del legislatore*». Sul possibile "significato" da attribuire alla locuzione "intenzione del legislatore" vedi però *supra*, note 27 e 60.

comune)⁶⁹, direttamente dalla semplice “lettera” della legge; ossia, per dirla sempre secondo l’art. 12 Disposizioni sulla legge in generale, alla stregua del «significato proprio delle parole secondo la commessione di esse». Anche la c.d. “*aspettativa di norma*”, infatti, al pari della “norma” giudiziale, non è altro, a sua volta, che il “*risultato*” di una “lettura”, ossia *di un’attività “interpretativa”* della legge che *qualunque consociato*⁷⁰ – più o meno qualificato, comune cittadino o appartenente al ceto dei giuristi diverso dall’organo giudicante, non importa –, fa (o può fare) nel momento in cui, per qualunque motivo, si accosta ad un testo di legge.

La vera e *fondamentale differenza* tra i diversi esiti interpretativi di uno stesso testo normativo penale a seconda dei “soggetti” da cui proviene l’interpretazione (almeno nei sistemi attuali appartenenti alla tradizione giuridica democratico-occidentale di *civil law*; diverso discorso potrebbe essere fatto per altri ordinamenti o per altre epoche storiche)⁷¹ si rinviene, in realtà, non nella “natura” del “risultato” interpretativo in sé – la creazione di una “norma” –, ma solo nella sua “*efficacia*”, da intendere come “capacità”, nel senso di “idoneità”, della “norma” così individuata a fungere da *effettiva* “regola di condotta” in quanto concretamente applicabile ed applicata⁷²; ossia dotata di quel predicato di riconoscimento della “normatività” costituito dall’“*effettività*”⁷³. “*Effettività*” che deriva solo dalla sua “*vincolatività*”.

Da ciò consegue allora che “regola di condotta” giuridicamente “vincolante”, ossia “norma giuridica” in senso proprio, è solo il “prodotto” dell’attività interpretativa di quegli organi la cui interpretazione è effettivamente “obbligatoria” e dunque vincolante per i consociati, in quanto fornita dell’attributo della “*coercibilità*”; il che significa, con specifico riferimento al diritto penale, *solo il risultato dell’interpretazione giudiziale*. Se infatti la “coattività” è un requisito identificativo del “diritto” (rispetto ad altri sistemi normativi non giuridici,

⁶⁹ Per una critica al riferimento al “linguaggio comune”, vedi tuttavia E. PARESCHE, *L’interpretazione nella dinamica del diritto*, cit., 446-447.

⁷⁰ Vedremo *infra*, § 14, la *rilevanza* da attribuire, viceversa, alla interpretazione della legge alla stregua della “misura” di un destinatario “modello”, secondo gli “*schemi medi*” propri del diritto (= *homo eiusdem condicionis*).

⁷¹ Si pensi, ad es., alla rilevanza normativa “diretta” della c.d. *opinio doctorum* nell’Età Media e nell’età premoderna fino al periodo delle “codificazioni”.

⁷² Non dunque “in astratto”, come semplice “aspettativa di norma”, ossia norma “potenziale”, dal momento che il semplice cittadino può comunque essere “motivato” dalla (eventuale) “interpretazione” che lui fa di una “legge”, e quindi dalla “regola di condotta-norma” che ne trae.

⁷³ Di “efficacia” come condizione della “validità” (e quindi di “esistenza”) di una norma parla H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., 217-218, secondo cui, in particolare, «l’efficacia di una norma consiste nel fatto che essa è a grandi linee effettivamente osservata e, se non osservata, applicata a grandi linee». Nello stesso senso già ID., *La dottrina pura*, cit., 19 ss., 57 ss., 104 ss..

come ad es. la morale), requisito che caratterizza, in particolare, non le singole norme ma l'ordinamento giuridico nel suo complesso, ne deriva che "vincolante", in quanto coattivamente eseguibile anche "contro" la volontà del destinatario, è solo quanto proviene dal giudice attraverso la sua decisione⁷⁴.

Detto altrimenti: di fronte ad un certo "materiale normativo" (normalmente, un testo legislativo)⁷⁵ ci possono essere diverse "interpretazioni", in quanto

⁷⁴ A questo proposito, H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., spec. 386-388, parla dell'attività interpretativa del giudice come di *interpretazione "autentica"* in quanto appunto "creativa" di diritto; dove fra l'altro dice: «Dall'interpretazione compiuta da un organo che applica il diritto ogni altra interpretazione si distingue per il fatto di non essere autentica, cioè di non creare diritto».

⁷⁵ Un'ulteriore precisazione appare essenziale a questo punto. Il "testo" della "legge" costituisce *solo una "parte" del "materiale normativo"* che il giudice ha a disposizione quando, attraverso il procedimento interpretativo, deve individuare la "norma" - "generale" e "astratta", e quindi con una "struttura semantica" che la rende potenzialmente idonea a valere anche per situazioni future - da applicare al caso sottoposto alla sua decisione.

Tale materiale normativo comprende infatti, insieme alla legge, i *precedenti giurisprudenziali*, ma anche i *testi dottrinari* (che procedono sempre per "esempi" o "casi di scuola", e quindi in via comunque generale e astratta) e persino le stesse *prassi giudiziarie*, ossia rispettivamente "testi" (espressi "linguisticamente") o "comportamenti" (in quanto "segnii" espressivi di "senso"), tutti da sottoporre, a loro volta, a "interpretazione". Solo per un pregiudizio si è, normalmente, portati a "sopravalutare" la "legge" (e, corrispondentemente, a "svalutare" gli altri "materiali"), attribuendo alla "legge" quasi per una (retorica) "inversione" metodologica (parallela, si noti, a quella che, ancora fino ad oggi, porta a confondere la "disposizione" con la "norma") la "natura" di "vera" (e, soprattutto, unica) "fonte" della "regola". Pregiudizio che trova, naturalmente, una "giustificazione" nella maggiore "autorità" della legge, discendente dalla "forma di governo" dei sistemi di *civil law* (specie se "parlamentari"), ossia dalle "norme di organizzazione" dell'ordinamento; maggiore autorità "politica" della "legge", come sancito, formalmente, dal principio di "soggezione" del giudice alla legge (vedi ad es. l'art. 101 comma 2 Cost.).

Tra i suddetti "materiali normativi", particolare importanza rivestono i "precedenti" giurisprudenziali. Quando infatti una "norma", applicata al caso concreto - per la cui qualificazione è stata elaborata dal giudice in via interpretativa -, assume una dimensione (ossia una "forma") linguistica *sub specie* di "massima" (ossia di un *quid* valevole come "precedente"), essa, in quanto "testo" (posto che l'interpretazione giudiziale si estrinseca in "espressione" cioè in "linguaggio"), diventa a sua volta "oggetto" di "interpretazione", laddove se ne prospetti l'applicazione a casi futuri. La "massima", in genere già contenuta nella "motivazione in diritto" di ciascuna sentenza, per quanto concerne le sentenze, in particolare, della Suprema Corte è - in Italia - formulata da un apposito Ufficio del Massimario della Cassazione. Detta "massima" non è però, direttamente, la "forma linguistica" della *ratio decidendi*, ma è il risultato di un'attività burocratico-amministrativa (quindi: *non giurisdizionale*), che oltretutto spesso, purtroppo, per mancanza di criteri precisi per la sua redazione, non riproduce il vero "senso" della decisione e quindi la "norma" effettivamente applicata. In realtà, la "massima" non è altro che un "testo normativo", al pari della legge, (semanticamente) sempre "generale" e "astratto", anche se - almeno dal punto di vista linguistico - "più specifico" rispetto alla "legge" (*supra*, nota 34, e *infra*, nota 134) e comunque già "filtrato" da una precedente attività "interpretativa" giurisdizionale e quindi più vicino alla "concretezza" del caso deciso.

Anche la "massima" giurisprudenziale (come la "legge"), in quanto "testo", non è dunque, essa stessa, direttamente "fonte di norma", dovendo a sua volta essere "oggetto di interpretazione": "norma" sarà solo quella che, eventualmente, si avrà qualora un giudice successivo, nel decidere un caso concreto, accetterà di "uniformarsi" alla "massima" stessa (in quanto proveniente, non da un potere diverso, come la "legge", ma *dall'interno* della stessa "tecno-struttura" giudiziaria; adeguamento al precedente che

provenienti da “soggetti” diversi (consociati; dottrina; tribunali). Sempre, comunque, il “risultato” di qualunque attività interpretativa di una legge, *da qualunque soggetto provenga*, consiste nella individuazione di una “regola di condotta”, ossia di una “norma”⁷⁶. La *differenza* non sta dunque nella “natura” del “risultato” dell’attività interpretativa, ma nella sua “efficacia”, in una parola: *in una particolare “qualità” (o “valore”) di detto risultato*. Solo l’interpretazione “giudiziaria” è infatti (almeno direttamente)⁷⁷ *effettivamente rilevante* sul piano normativo in quanto “vincolante” nei confronti del destinatario della decisione per la sua “coercibilità”⁷⁸: nel senso che solo essa, in virtù

dovrà dunque, ragionevolmente, ritenersi politicamente più “accettabile” dagli appartenenti alla corporazione giudiziaria). Detto altrimenti: anche la “massima” è (come la “legge”) solo una “aspettativa di norma”; “norma” sarà solo, eventualmente, il risultato dell’attività interpretativa della “massima” da parte del singolo giudice, qualora ritenesse di utilizzarla come “presupposto” della decisione con riferimento al caso concreto sottoposto al suo esame.

⁷⁶ *Rebus sic stantibus*, si può allora anche ritenere corretta la prospettiva dei comparatisti che, non a caso, nell’individuare il sistema delle “fonti normative” (in senso lato), ossia i “fattori di produzione” del diritto, parlano, sostanzialmente, di tre “formanti” fondamentali: il legislativo, il dottrinario e il giurisprudenziale. Da questo punto di vista, infatti, forse si potrebbe ben dire che anche la “legge” è, di per sé, “fonte” del “diritto”: nel senso che la stessa “aspettativa di norma” da parte dei consociati non è altro, a sua volta, che il “risultato” di un’attività “interpretativa” della “legge” condotta dalla generalità dei consociati-destinatari (*rectius*: da un destinatario “modello”, secondo gli “schemi medi” propri del diritto). Lo stesso discorso vale (anche qui) per l’“aspettativa di norma” che discende dall’“interpretazione” dei “testi” normativi (“leggi” o anche “massime” giurisprudenziali, o le stesse “motivazioni” delle sentenze: *supra*, nota 75) da parte della “dottrina”. Quindi, è vero che, *in senso lato*, tutti e tre i “fattori” di produzione del diritto (legge, dottrina, giurisprudenza) sono “fonti” del diritto, posto che la “norma” è, sempre, risultato di un’attività “interpretativa” (di un “testo” scritto o anche, al limite, di un “comportamento”, come accade per la consuetudine o per le prassi giudiziarie), ossia di un *quid* “oggettivamente” rilevabile. Idea accoglibile, sempre ricordando però che solo la norma di fonte giudiziale possiede, *in più*, il requisito della “obbligatorietà-vincolatività” e dunque della “effettività”.

⁷⁷ *Indirettamente*, infatti, *anche la dottrina* può essere fonte “mediata” della “norma” (giudiziale), nei limiti in cui la “interpretazione” degli enunciati linguistici legislativi che da essa proviene sia (effettivamente) *accolta* dalla giurisprudenza; in questo caso, in realtà, la “dottrina” - *rectius*: la interpretazione dottrinale, nel momento in cui assume forma linguistica - è qualificabile come “fonte” non in quanto, come l’interpretazione giurisdizionale, “modo di produzione” della norma, ma solo in quanto “*origine del contenuto*” della norma prodotta dal giudice (per questa duplice accezione del termine “fonte”, che potrebbe, rispettivamente, corrispondere a quello di fonte “immediata”, ossia “vera” fonte di produzione, e fonte solo “mediata”, v. ancora N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979, 211-212, laddove esclude che la “natura delle cose” sia, direttamente, vera fonte di produzione del diritto, potendo essere solo origine del contenuto della *regula decidendi*. Probabilmente siamo qui in presenza di un fenomeno analogo al “*rinvio recettizio*”).

⁷⁸ “Vincolatività” della “norma”, ovviamente, solo nei confronti del soggetto destinatario della decisione concreta, che si trasforma (*rectius*: può trasformarsi) in mera “capacità persuasiva” della stessa norma nei confronti dei consociati destinatari di future, possibili, decisioni da parte dei giudici, conformemente alla loro eventuale e personale interpretazione del precedente giudiziario. Così come, allo stesso modo, una norma concretamente creata e applicata da un giudice non potrà mai, di per sé, avere efficacia “vincolante” nei confronti dei giudici futuri, anche laddove sia lo stesso ordinamento a stabilire formalmente la regola del *binding precedent*, norma di tipo “organizzativo” che serve solo a (tentare di) garantire la

della sua “*autorità*”, può dare vita ad una “norma” in senso tecnico-giuridico “valida” e quindi “esistente” in quanto “effettiva”, ossia effettivamente “vigente”; mentre la dottrina, in considerazione, al massimo, della sua eventuale “*autorevolezza*”, può solo fornire agli organi giudicanti un mero “consiglio” (cui la giurisprudenza si potrebbe eventualmente “adeguare”, attraverso un meccanismo che potrebbe tecnicamente definirsi di “rezezione”, solo per la – ritenuta dal singolo giudice – “ragionevolezza” del contenuto della “proposta” di “norma” proveniente da una certa dottrina, ossia in virtù della sua “capacità persuasiva”)⁷⁹.

Se dunque – almeno nel settore penale dell’ordinamento, dove la norma incriminatrice c.d. sostanziale *non esiste* al di fuori della sua applicazione giudiziale – “norma” in senso proprio, in quanto effettivamente “vincolante” per la sua “coercibilità”, può essere, direttamente, solo il risultato dell’interpretazione del giudice, ne consegue che gli esiti di tutti gli altri tipi di interpretazione, provenienti da soggetti *diversi* dal giudice (*anche se giuridicamente “qualificati”*, come dottrinari, avvocati, ma anche polizia giudiziaria e P.M.)⁸⁰, daranno luogo, come si è visto, solo a mere “*aspettative di norme*”. Aspettative cioè di quella che sarà la unica “vera” norma, quella “creata” dal giudice nella decisione del caso concreto. Ma, proprio perché è diversa la “*qualità*” del risultato dell’attività interpretativa dello stesso testo di legge a seconda dei “soggetti” che ne sono gli autori, appare allora senz’altro preferibile in quanto dogmaticamente più corretto – onde evitare ogni genere di confusione, lessicale ma anche concettuale – usare il termine “norma” solo per quella di derivazione giudiziaria, lasciando alle altre, data la loro intrinseca carenza di “vincolatività”, la qualifica, maggiormente conforme al loro effettivo significato e portata, di mere “aspettative di norme” (o anche “proposte di norme”).

Un ulteriore profilo di distinzione dell’interpretazione giudiziale dalle altre – in particolare, da quella dottrina –, oltre la “vincolatività”-“coattività” della

“coerenza”, e quindi la “certezza” giuridica e la “stabilità”, di un ordinamento, ma che vale nei limiti in cui gli stessi giudici decidano di osservarla, risolvendosi in realtà la regola della “vincolatività” del precedente in una vera e propria “finzione giuridica” (sul punto, vedi *amplius infra*, § 11). Di per sé infatti il precedente giudiziario (meglio: la norma ricavabile interpretativamente dal precedente) ha nei confronti dei giudici futuri, ancora una volta, solo valore (al massimo) “persuasivo”. Da ciò consegue l’inconsistenza dell’obiezione, fatta da una parte della dottrina (vedi ad es. per tutti A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1975, 75 ss., spec. 79-80), che, se la “interpretazione” fosse (vera) “fonte” di diritto, anche i giudici dovrebbero essere “vincolati” dal “precedente”.

⁷⁹ Sostanzialmente nello stesso senso A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, cit., 339.

⁸⁰ Sulla specifica rilevanza *diretta* dell’attività dei P.M. ai fini della stessa “creazione” giudiziaria della “norma penale” (alla quale si potrebbe, forse, aggiungere la stessa attività della polizia giudiziaria) vedi tuttavia *supra*, nota 67.

“norma” che ne discende (e, forse, anche la sua efficacia “preventiva-deterrente” nei confronti dei cittadini)⁸¹, sta nel fatto che, per il giudice, l’interpretazione non è mai fine a sé stessa, cioè non è destinata solo alla astratta identificazione del significato che si ritiene attribuibile ad un “testo” (“disposizione”) di legge (come mera attività “teoretica”), ma è strettamente “propedeutica” e “strumentale” rispetto ad un’attività eminentemente “pratica” come la sua concreta “applicazione” in sede di “decisione” del caso oggetto di giudizio. Il che è inevitabile conseguenza della natura pratica del *diritto* come “regola” del “caso deciso”. In sintesi, l’“interpretazione vincolante” del “diritto” (*rectius*: della “legge”) che dà vita a “norme” “obbligatorie” non è una mera attività di “conoscenza”, ma sfocia sempre in “decisioni”, individuali e concrete, ossia in *atti di “volontà”*. Ciò distingue, dunque, l’attività dello “scienziato” (o meglio: del “teorico” o “dogmatico”) del “diritto”, da quella del “pratico”, cioè di colui che contribuisce direttamente alla “vita” del diritto come “esperienza” (concreta).

Detto altrimenti: anche il giudice, per decidere, compie anzitutto un’attività “speculativa” (conoscitiva), ossia l’interpretazione *stricto sensu* di un testo normativo; ma questa attività è, per lui, *solo “propedeutica”*, come passaggio necessario, rispetto alla fase della c.d. “applicazione della legge” al caso concreto (a differenza dello studioso puro, che può solo offrire “modelli” di interpretazione al giudice⁸² o agli altri “operatori” pratici del diritto)⁸³.

Che la “norma” effettivamente vigente (in quanto vincolante) sia solo quella di “fonte” giurisprudenziale, si ricava infine anche dalla circostanza che, ad es., la stessa Corte costituzionale, per individuare uno dei termini del giudizio di

⁸¹ Che la “norma” vigente sia quella “creata” dalla giurisprudenza è, infatti, proprio ciò che è comunemente “sentito” dai cittadini e dagli stessi operatori pratici del diritto (gli avvocati, nel consigliare i loro clienti, normalmente si preoccupano di “avvertirli” su quello che è l’orientamento della “giurisprudenza”, soprattutto se “consolidata”). Ciò significa che l’“efficacia motivante” in funzione di prevenzione generale è, dunque, esercitata non dalla *lex scripta*, ma dalla norma giudiziale (vera regola di condotta), oltretutto ricostruita attraverso il “filtro” dell’interpretazione del precedente giurisprudenziale che viene data dai consociati, siano essi comuni cittadini o esperti di diritto (vedi anche *supra*, note 72 e 78). “Efficacia motivante” che, laddove riesca a determinare, sia pure a grandi linee, l’*effettiva* osservanza di ciò che è, logicamente e giuridicamente, solo un’“aspettativa di norma”, può tuttavia ritenersi sufficiente, dal punto di vista dell’“effettività” dell’intero ordinamento, per permettere di valutare “quella” norma giudiziale, nella sua “generalizzabilità”, come valida in quanto – non solo esistente, ma anche – efficace (si ricordi come, per Kelsen, la norma “ineffettiva” in quanto non applicata – si deve intendere: per lungo tempo, ossia per c.d. *desuetudo* – perda la sua “validità” e quindi la sua “esistenza”: *supra*, nota 73).

⁸² In questo senso chiaramente H. Kelsen, *La dottrina pura*, cit., 388-390.

⁸³ “Operatori” del diritto che – si noti – sono qui da intendere (non come sinonimo generico di appartenenti al ceto dei giuristi, ma) in senso “restrittivo”, come insieme di tutti i soggetti (autorità) “istituzionali”: legislatore, giudici, P.M., organi costituzionali, ecc. (anche con riferimento alle loro c.d. “prassi”).

legittimità, ossia la norma di legge di cui si afferma l'incostituzionalità, fa riferimento al c.d. *diritto "vivente"*, ossia - fuor di metafora - alla interpretazione della giurisprudenza prevalente (ossia alla c.d. giurisprudenza "consolidata") su un determinato "testo" di legge⁸⁴.

10. Conseguenze della pluralità di distinti significati normativi ricavabili dall'interpretazione di una stessa disposizione di legge. La possibile coesistenza di norme "antinomiche" come momento "fisiologico" del sistema penale

Una volta superata dogmaticamente la confusione concettuale tra "norma" e "disposizione", se unica "norma" rilevante in quanto giuridicamente "vincolante" (almeno nel diritto penale) è il risultato dell'attività interpretativa giudiziale di uno o - in genere - più enunciati linguistici contenuti in un "testo" di legge, "norma" che è poi il "presupposto", ossia la *ratio decidendi*, della decisione assunta dal singolo giudice nel caso concreto, ciò significa anzitutto, come abbiamo visto, che *da uno stesso testo normativo possono trarsi interpretativamente, e dunque coesistere, più "norme" diverse, anche fra loro in contrasto* (a seconda delle concrete decisioni che le hanno assunte come presupposti). Ne consegue dunque, già a livello teorico, la *possibilità di "coesi-*

⁸⁴ Lo stesso discorso, *mutatis mutandis*, può essere ripetuto per il "dovere" istituzionale dei giudici di dare sempre ad un qualunque testo normativo la interpretazione c.d. "conforme a Costituzione", nel senso che - tra diverse interpretazioni "plausibili" - deve essere "privilegiata" quella interpretazione che porti a conseguenze "non contrarie" ai dettami della Costituzione (lo stesso vale oggi anche per il dovere di interpretazione conforme alla normativa europea). Interpretazione "costituzionale" (o "europea") il cui presupposto è appunto dato dalla constatazione che ciò che rileva - cioè la "norma" - non è il testo di legge, ma il risultato della sua interpretazione da parte del giudice. Sempre al diritto "vivente" fa poi riferimento la Corte costituzionale anche ai fini del giudizio di "tassatività-determinatezza" delle norme penali incriminatrici, in particolare escludendo la violazione di detto principio laddove la disomogeneità interpretativa non superi la soglia di una normalità fisiologica (Corte cost., 31 luglio 1989, n. 472; si veda anche ID., 26 ottobre 1989, n. 507, e 27 luglio 1989, n. 456); ossia, detto altrimenti, se le più norme, ricavabili interpretativamente da una stessa disposizione legislativa, non risultino tuttavia tra loro assolutamente "incompatibili". Il che costituisce un'ulteriore conferma, anche da questa prospettiva, che è la stessa Corte costituzionale a riconoscere, implicitamente ma chiaramente, che la "norma" non è l'astratta formula linguistica, ma il "significato" ad essa effettivamente attribuito in via interpretativa dalla giurisprudenza, e ciò proprio al fine dell'affermazione della sua corrispondenza o meno ai principi sanciti dalla Costituzione. Il che significa allora, tra l'altro, che il giudizio costituzionale sulla "tassatività" di una certa norma si risolve, a ben vedere, in un ulteriore criterio, fornito dall'ordinamento, per la soluzione (e quindi il superamento) di possibili "antinomie" tra "norme" (ricavabili da uno stesso testo di legge) laddove il contrasto tra di esse, in caso di loro coesistenza, risulti assolutamente intollerabile. Sull'esistenza di norme antinomiche come momento fisiologico del sistema penale vedi *infra*, § 10.

stenza” di norme “antinomiche”⁸⁵, sia in senso “diacronico” che “sincronico”, come *fenomeno* “strutturale” dell’esperienza giuridica (almeno di quella giuridico-penale), appartenente quindi alla stessa “fisiologia” del sistema.

Il riconoscimento della possibilità “fisiologica” di “antinomie” consente, in particolare, di garantire – diacronicamente – anche l’adeguamento costante della giurisprudenza alle mutate condizioni o esigenze sociali, ossia per sopprimere alle “nuove” esigenze che si manifestano *posteriormente* all’entrata in vigore della “legge formale” oggetto di interpretazione. Situazioni che, secondo la teoria tradizionale dell’interpretazione giuridica, sarebbero riconducibili ai canoni della *interpretazione c.d. “teleologica”* (vedi *supra*, § 8) e di quella sua variante – politicamente pericolosa – rappresentata dalla *c.d. interpretazione “evolutiva”*; con tutte le difficoltà teoriche, tuttavia, che tali metodi di interpretazione propongono a coloro che, ancora sostanzialmente fermi di fronte al postulato politico della assoluta “separazione dei poteri”, continuano a ritenere, magari in funzione di garanzia del cittadino, che ad un medesimo testo legislativo corrisponda sempre una e una sola norma come significato “corretto” di quel testo, che spetterebbe all’interprete “riconoscere”.

Difficoltà teoriche, viceversa, agevolmente superabili muovendo dall’affermazione che la “norma” è solo “creazione” del singolo giudice in funzione della decisione del caso concreto, in quanto, nel diritto penale, unico soggetto che ha un potere di interpretazione “vincolante”, con la conseguente, logica, ammissibilità di “antinomie” nel sistema.

⁸⁵ Ovvio che qui, parlando di “antinomia”, si fa riferimento alla (fisiologica) “coesistenza” di norme *diverse* ricavabili però dall’interpretazione di un *medesimo testo di legge*; mentre i teorici generali, quando parlano di antinomia (secondo il significato del termine comunemente accolto), si riferiscono alla (eventuale e quindi, teoricamente, eccezionale) presenza di più norme *diverse* con riferimento ad una stessa situazione di fatto, ma ricavabili da una *pluralità di differenti “disposizioni legislative* (c.d. antinomie “formali”). (Laddove viceversa più norme *diverse*, ma dello stesso rango gerarchico e di eguale validità temporale, spaziale e personale, disciplinassero *in maniera identica* la stessa situazione di fatto, saremmo in presenza, propriamente, di una “ripetizione” normativa). Senza contare, a sua volta, come la concreta operatività degli stessi “criteri di risoluzione” delle c.d. “antinomie formali” (discendenti, come detto, dai risultati interpretativi di disposizioni di legge diverse), ossia dei criteri “gerarchico”, “temporale”, di “specialità” e di “competenza”, sia, di fatto, alla fine anch’essa sostanzialmente rimessa all’attività “interpretativa” del giudice, e quindi alla sua assoluta discrezionalità. Discrezionalità che si manifesta in modo ancora più esasperato, quando occorre altresì stabilire una “gerarchia” fra i suddetti criteri. Si pensi, ad es., al caso paradigmatico di una situazione di fatto contestualmente riconducibile sia sotto una norma “generale” ma di rango “costituzionale” che sotto una norma “speciale” ma di legge “ordinaria”. Nel senso tuttavia, contrariamente a quanto comunemente si crede, che un fatto riconducibile sotto una norma speciale *non* sia logicamente riconducibile *anche* sotto la norma generale in quanto norme fra loro *strutturalmente “incompatibili”*, essendo l’elemento “specializzante” *elemento negativo implicito* della norma generale, vedi M. TRAPANI, *La divergenza tra il “voluto” e il “realizzato”*, I, Torino, 2006, (rist.), spec. 222-228.

11. I meccanismi previsti dall'ordinamento allo scopo di garantire la sua interna "coerenza" e quindi la "certezza" del diritto come valore (pratico e dunque) "politico"

Negare la possibile compresenza, sul piano logico, di norme strutturalmente "antinomiche"⁸⁶ come conseguenza dell'interpretazione di una "disposizione" o, più spesso, di un "insieme" di "disposizioni" (ossia di enunciati linguistici contenuti in un testo normativo) significa, in realtà, non riuscire ancora a "liberarsi" dal "pregiudizio" (tutto "ideologico") costituito dal "mito" della (*assoluta*) "coerenza formale" (meglio: di "*non contraddizione*") dell'ordinamento, mito del positivismo "legalistico"⁸⁷, a fondamento del quale sta l'idea, come abbiamo visto, che l'"interpretazione" è solo attività "(ri-)conoscitiva" (= "ricognitiva") di una "norma" *già esistente* in quanto validamente *già "posta"* dal legislatore, norma, pertanto, che - per ciascuna situazione di fatto - non può essere logicamente che "una" (essendo una sola la "vera" e quindi "valida" norma che può legittimamente trarsi da una "corretta" interpretazione di uno stesso testo di legge).

Una volta preso atto, viceversa, della possibile coesistenza di norme antinomiche come momento strutturale del fenomeno giuridico-penale, diverso discorso attiene all'esigenza (di primaria rilevanza *politica*, prima ancora che logico-giuridica) di assicurare la "coerenza", e dunque l'"unità", dell'"ordinamento giuridico" - non, si noti, "legalistico" - connaturata alla stessa idea di "ordine" (che, con il termine "ordinamento", condivide evidentemente l'etimologia; ordine, e quindi "regolarità", dunque, come "carattere logico" immanente al concetto stesso di ordinamento). In realtà, la "coeren-

⁸⁶ Possibile compresenza di norme antinomiche tratte dall'interpretazione di *uno stesso testo legislativo* che, di per sé, non è qualcosa di strano, posto che da sempre la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana - e in genere delle Corti dei sistemi di *civil law* -, in sede di decisione sulla costituzionalità di una norma, basa le sentenze c.d. "interpretative" proprio sul fatto che una medesima "disposizione" può dare luogo, contemporaneamente, a più "norme" (v. *supra*, §§ 6-8, e la nota 63), e quindi il disposto essere conforme a Costituzione, o meno, nei limiti in cui gli si dia una certa "interpretazione" (ossia, date le norme *x, y, z* come suo possibile contenuto, ad es., solo la norma *x* risulta costituzionalmente compatibile e quindi legittima).

⁸⁷ Da non confondere col positivismo "giuridico". Parlare di "positivismo *giuridico*" non significa infatti identificarlo col "positivismo *legalistico*", nel senso che tutte le norme giuridiche deriverebbero dalla "legge", sia pure intesa in senso lato (come sinonimo di "atto normativo scritto"). Anche la "norma" di fonte "giudiziaria" è infatti da considerarsi norma "positiva" (*rectius*: di "diritto positivo") perché emanante pur sempre da un organo, il giudice, di un ordinamento giuridico "positivo", secondo una "costituzione" positivamente "posta", e non, ad es., dal diritto "naturale" o dall'"equità" (laddove ovviamente l'ordinamento positivo non "rinvi" ad essa, sia pure come "fonte" sussidiaria e/o "integratrice" del diritto).

za” dell’ordinamento – lungi dal costituire uno dei suoi fondamenti “teoretici” – è in funzione, anzitutto, di garanzia della “certezza” del diritto, ossia di un’esigenza eminentemente “pratica” (come “pratico” è lo scopo del diritto), e quindi “politica”⁸⁸, che sta alla base anzitutto di quelle norme “organizzatorie” dettate dal legislatore, come subito vedremo, proprio allo scopo, fra l’altro, di garantire la – almeno tendenziale – “continuità” e quindi “uniformità” della giurisprudenza.

Il problema diventa allora *come* “garantire” la “coerenza” e quindi la “*stabilità*” dell’ordinamento, attraverso l’applicazione (la più possibile) “uniforme” da parte dei giudici della stessa “norma”, allorché si presentano casi simili⁸⁹. Questo bisogno può essere soddisfatto, nei sistemi di *civil law* e *common law*, attraverso il ricorso a diversi meccanismi che, pur nella loro strutturale differenza, adempiono comunque alla medesima funzione. Tra l’altro, pervenendo di fatto a risultati pratici sostanzialmente convergenti. Così, i sistemi di *common law* si basano sul principio dello *stare decisis* secondo cui il precedente giudiziario vincola “di diritto” i giudici successivi – di grado inferiore o, in genere, anche dello stesso grado (dunque, in senso sia “verticale” che “orizzontale”) – ad applicare, di fronte a “situazioni di vita” analoghe a quella già giudicata, la medesima *ratio decidendi*, ossia la stessa *regula iuris*, a differenza dei sistemi di *civil law*, dove il precedente giudiziario avrebbe – almeno secondo gli ordinamenti costituzionali vigenti (oggi però in parte superati dal c.d. “diritto vivente”) – una vincolatività “di mero fatto”.

In realtà, nei sistemi di *civil law*, l’“unità” del diritto è affidata alla previsione di misure “organizzative” che cercano di garantire la (almeno) *tendenziale* “uniformità” delle decisioni dei giudici inferiori a livello di Corti superiori. Nel sistema italiano, tale risultato è assicurato dalla *c.d. funzione “nomofilattica”* (come funzione, appunto, di risoluzione di “antinomie”) attribuita alla

⁸⁸ Vedi H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 389, in particolare laddove sottolinea come «L’interpretazione secondo la scienza del diritto deve evitare con la massima cura possibile la finzione secondo cui una norma giuridica ammette sempre e soltanto un’interpretazione, quella “esatta” (*richtig*). Di questa finzione si è servita la giurisprudenza tradizionale per mantenere l’ideale della certezza del diritto. [...] Non si deve negare che questa finzione dell’univocità delle norme giuridiche può presentare grandi vantaggi, da qualsiasi punto di vista politico la si consideri».

⁸⁹ Superfluo sottolineare come la “analogia” di cui stiamo qui parlando si riferisca a questioni non di diritto, ma *di fatto*. Si noti a questo proposito come, in concreto, due fatti “storici” già dal punto di vista logico non possano mai essere assolutamente identici; onde bene si parla qui di “analogia”, facendosi riferimento a quegli elementi “comuni” – o “simili” (tra il fatto oggetto di giudizio e il fatto che è già stato precedentemente oggetto di decisione) –, da ritenersi “rilevanti” ai fini della determinazione del *thema probandum* e quindi del *decidendum*.

Corte Suprema di Cassazione⁹⁰ e, in special modo, alle sue Sezioni Unite (il che trova altresì fondamento giuridico nella legge sull'Ordinamento giudiziario del 1941)⁹¹. Concretamente, tale funzione si esprime attraverso la c.d. "massimazione" delle sentenze della Suprema Corte da parte dell'Ufficio del Massimario, articolazione della stessa Corte di cassazione (onde l'enorme importanza di "chi" e "come" svolge l'attività di "massimazione")⁹². Questa "uniformizzazione" (tendenziale) del diritto serve a garantire la "certezza", ossia la "prevedibilità" delle valutazioni dell'ordinamento sui comportamenti dei consociati, e dunque la "*predicibilità delle decisioni dei suoi organi giudicanti*", fondamentale strumento per garantire la libertà dei cittadini.

Quanto poi alla circostanza che, nel sistema italiano, il precedente avrebbe, al massimo, un'"autorità" meramente "di fatto", o, come anche si dice, semplicemente "persuasiva" (*rectius*: "orientativa"), si consideri come, ormai, si debba riconoscere che anche nei sistemi di *common law* il principio (apparentemente) "assoluto" dello *stare decisis* costituisca, in realtà, una vera e propria "*finzione giuridica*", essendo comunque sempre possibile per il giudice "superare" il vincolo del precedente attraverso una serie di strumenti posti a sua disposizione dallo stesso ordinamento, come anzitutto il *distinguishing* e l'*overruling*⁹³ (su cui vedi *amplius infra*, § 13). Così come, per il diritto continentale, costituisce a sua volta una "finzione" l'affermazione secondo cui diritto è quello "contenuto" nella "legge" (almeno, ripetesi, con riferimento al di-

⁹⁰ Alla funzione "nomofilattica" della Cassazione è stata riconosciuta rilevanza costituzionale in base all'art. 111 Costituzione: Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50; nello stesso senso, in precedenza, ID., 20 dicembre 1968, n. 134. Sul punto vedi anche A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, cit., 92 e nota 34.

⁹¹ Art. 65 Regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 - Ordinamento giudiziario: «*Attribuzioni della Corte suprema di cassazione.* - La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'*esatta osservanza* e l'*uniforme interpretazione* della legge, l'*unità* del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. [...]». Si noti come, avendo tale disposizione natura "materialmente costituzionale", attenendo alla "divisione dei poteri", per essa non valgono le considerazioni qui svolte a proposito dell'interpretazione della legge, vivendo viceversa la sua "interpretazione" nella c.d. "prassi costituzionale", ossia nel concreto comportamento degli organi e delle istituzioni dello Stato.

⁹² *Supra*, nota 75.

⁹³ Più in particolare, il *distinguishing* costituisce, propriamente, una *tecnica di "elusione"* del *binding precedent*, dal momento che se ne nega, a monte, la stessa esistenza affermandosi che, tra il caso oggetto del precedente e quello da decidere, esistono "ragionevoli distinzioni giuridicamente rilevanti". Al contrario, la facoltà di *overrule* costituisce propriamente una vera e propria "*deroga*" alla regola dello *stare decisis* solo nei limiti della possibilità riconosciuta alle Corti superiori di *overrule* i propri precedenti; non, viceversa, con riferimento alla possibilità delle Corti superiori di *overrule* le decisioni dei giudici inferiori, dal momento che tali sentenze non hanno, di per sé, alcuna efficacia vincolante nei confronti delle Corti superiori.

ritto penale); “legge” alla quale sarebbe possibile, anzi necessario, dare uno ed un solo significato normativo: quello “corretto”, perseguito appunto dalla Cassazione, come giudice del “diritto” e non del “fatto”⁹⁴. Con la conseguenza di un sostanziale “avvicinamento” fra sistemi, anche se, a prima vista, apparentemente assai lontani.

La “norma consolidata” dalla Suprema Corte ha, poi, una sua “forza regolativa”, che ne garantisce l’effettività, non già perché le “norme” generali “pre-supposte” dai giudici “inferiori” come *rationes decidendi* non siano vere e proprie “norme”⁹⁵, quanto perché, dal punto di vista della sua “efficacia” come regola di condotta *anche per situazioni future*, la “norma” individuata dalla Cassazione (per *factio iuris* la unica “corretta”) ha, indiscutibilmente, una autorità “orientativa” di gran lunga superiore, posto che i consociati, ragionevolmente, possono prevedere che, qualora il singolo giudice di una corte “inferiore” si discosti da essa, la sua sentenza sarà “cassata” e quindi la decisione annullata (con conseguente “effetto retroattivo”). Detto altrimenti, il non seguire il “precedente” – specie se “consolidato” – della Cassazione comporta *di fatto* per la sentenza del giudice inferiore un *ragionevole “rischio” di annullamento*.

12. Esiste una norma generale e astratta o solo quella individuale e concreta creata dal giudice?

Un dubbio potrebbe però essere a questo punto avanzato: se, nella effettiva dinamica dell’esperienza giuridica penalistica, la “norma” non esiste al di fuori del processo, e quindi unico vero diritto è quello creato dal giudice con la sentenza, è allora logicamente necessario ritenere che il giudice, nel decidere il caso concreto, debba comunque previamente passare per la individuazione

⁹⁴ Sullo specifico motivo di ricorso per cassazione costituito dalla “erronea applicazione della legge penale” vedi *supra*, § 7.

⁹⁵ *Tutte le sentenze, di tutti indistintamente i giudici di qualunque ordine e grado, sono “fonti” di “norme”* (per cui non è possibile ritenere – come viceversa ritiene parte della dottrina – che le “norme giudiziali” *vincolanti* derivino solo dalla giurisprudenza delle Corti Supreme; senza contare che oggi è un dato di esperienza comune la esistenza – direi “fisiologica” – di un “contrasto” giurisprudenziale anche a livello della Cassazione e, addirittura, delle sue Sezioni Unite: ossia, fuor di metafora – e di ogni finzione –, la “coesistenza” di norme “antinomiche” anche a livello di Corti Supreme). L’assoluta “parità” di “rango” fra le decisioni di tutti gli organi giudicanti deriva dal fatto che, com’è noto, la differenziazione fra giudici non è “gerarchica”, ma meramente “funzionale” (si veda ad es. l’art. 107 comma 3 Cost.), in relazione alla (politica, non logica) necessità del “controllo” (di legalità e anche di merito) della decisione giudiziaria.

del “significato” di un enunciato linguistico normativo, ossia per la creazione, attraverso l’interpretazione di un testo legislativo, di una “norma” *generale e astratta*?

Si potrebbe infatti anche pensare che, consistendo la decisione del giudice, per sua natura, solo in un “comando” individuale e concreto, l’idea che dietro questo comando ci debba necessariamente essere, come suo logico presupposto, una “norma” generale e astratta si risolva, in realtà, solo in una inutile superfetazione (se non in vera e propria “ideologia” o addirittura “mitologia” giuridica). Detto altrimenti, non essendoci dietro la decisione del giudice (penale) un “diritto” preesistente – ma solo un atto legislativo contenuto in un documento scritto, ossia solo “segni linguistici” (al massimo da “interpretare”) –, unico diritto sarebbe quello dichiarato “autoritativamente”, ossia in modo vincolante, dal giudice per una situazione concreta e per individui determinati. Le situazioni giuridico-soggettive (passive) penali di “dovere” e di “soggezione”, coattivamente eseguibili (anche contro la volontà del destinatario), nascerebbero cioè solo dalla pronuncia dell’organo giudiziale.

A questo proposito, occorre osservare anzitutto come, nella realtà della dinamica giuridica, è lo stesso giudice a fare sempre riferimento – sia pure formalmente – come “fondamento” (e “presupposto”) della sua decisione “in diritto” ad una *regula iuris* generale e astratta, di cui la sua decisione costituirebbe concreta applicazione, “norma” che sarebbe da lui ricavata – almeno a livello di mera “declamazione” – dall’“interpretazione” di un testo scritto (legge o massima giurisprudenziale) comunque (dichiarato) “preesistente”.

Ciò perché – e si tratta del punto che qui maggiormente interessa – il giudice, nella concreta operatività di qualunque sistema giuridico, sia di *civil law* che di *common law*, oltre che in ottemperanza di un preciso obbligo giuridico (spesso anche stabilito a livello costituzionale), deve *sempre* “giustificare” la sua decisione dando conto nella “motivazione” delle “scelte” compiute (anche “normative”: vedi ad es. l’art. 544 comma 1 c.p.p., dove, a proposito della redazione della sentenza, si parla di «esposizione dei motivi di fatto *e di diritto* su cui la sentenza è fondata»). Obbligo di “motivazione” necessario per la stessa “validità” e quindi giuridica “esistenza” della sentenza, funzionale, attraverso la sua “pubblicità”, a consentire *anche* il “controllo” *politico* della decisione del giudice da parte dell’opinione pubblica, come momento quindi di democrazia⁹⁶.

⁹⁶ Anche se, come vedremo *infra*, § 17, detto controllo non è certo sufficiente, di per sé, a garantire la “legittimazione democratica” della scelta normativa del giudice.

La “motivazione” della sentenza implica dunque, necessariamente, anche la indicazione della *ratio decidendi*; e tale “ragione giuridica” della decisione non può, logicamente – per ciò che implica lo stesso concetto di “razionalità” –, che fare riferimento ad una “regola”, per sua natura generale e astratta, regola, ossia “norma”, con cui si tende a ricondurre il “comando” individuale e concreto ad una *ratio*, e dunque ad una “giustificazione”, “*generalizzabile*” (nel senso di “*universalizzabile*”), che risponda cioè non solo ad una logica di “astrazione”, attraverso la individuazione del “nucleo essenziale” degli elementi del fatto storico che hanno portato a quella decisione concreta, ma anche ad una logica “generalizzante”, ossia idonea a valere anche per (eventuali) *analoghi* casi futuri.

In ultima analisi, qualunque “comando” individuale e concreto, laddove esista un obbligo di motivazione, *presuppone* comunque, logicamente, uno “schema normativo” generale e astratto. Addirittura, mi spingerei a dire che, anche nei casi in cui sia lo stesso ordinamento ad attribuire al giudice, sia pure eccezionalmente, la facoltà di decidere secondo “equità”, la sua decisione poggerrebbe comunque, sia pure *implicitamente*, sulla previa identificazione di una norma generale e astratta. Infatti, anche se il giudice si limitasse ad affermare – secondo un ipotetico ordinamento – che, a suo insindacabile giudizio e quindi secondo la sua coscienza, è “giusto” punire con quella certa pena l'imputato T per aver commesso il fatto concreto F¹, ciò implicherebbe, sia pure implicitamente, il riferimento ad una “norma” (di “diritto naturale” o “di ragione” o al limite da lui stesso creata) nel senso che, se si ritiene “giusto”, nella situazione concreta, punire quel certo imputato perché ha commesso quel certo fatto, ciò è logicamente possibile solo in quanto, contestualmente, si ritiene altresì che “deve” essere punito chiunque commetta in futuro un fatto F² *analogo* ad F¹, in quanto ne condivide un nucleo di elementi comuni, ossia appunto secondo una norma generale e astratta. Ciò perché lo stesso concetto di “equità” (nel mondo del diritto) non implica l'attribuzione al giudice di un potere assolutamente arbitrario, ma di un potere discrezionale, in quanto tale comunque “razionalmente giustificabile” secondo parametri di “giustizia” – sia pure del caso concreto – e quindi di “valore”.

Caratteristica della “norma” non è infatti la sua effettiva osservanza, ma solo la sua idoneità, in astratto, ad essere osservata, ossia la *sua idoneità strutturale a funzionare come regola generale e astratta anche in casi futuri*, in una parola: la sua “*generalizzabilità*”. Indipendentemente dunque dalla sua “fonte di produzione”, ossia dal modo in cui, di fatto, viene ad esistenza, la “norma”, oltre che presupposto di una concreta decisione, vale come tale in quanto *possibile* regola di una serie indefinita di futuri casi analoghi. A questa logica di “gene-

realizzabilità” rispondono, come abbiamo visto (*supra*, § 11), gli istituti destinati – a seconda dei diversi sistemi – alla “stabilizzazione” normativa, come il precedente vincolante (il *binding precedent* degli ordinamenti di *common law*) e la funzione “nomofilattica” attribuita alle Corti Supreme, anche se, per la validità e quindi esistenza di una norma, non è necessario che tale “uniformizzazione” normativa si verifichi in concreto. Non si deve poi dimenticare come la “norma”, applicata al caso concreto per cui è stata elaborata in via di “interpretazione”, nel momento in cui assume, nella parte motiva della sentenza, la dimensione formale di “massima” (ossia di enunciato linguistico contenente la *ratio decidendi*), essa, in quanto “testo” scritto, diventa a sua volta “oggetto” di (possibile) “interpretazione” da parte di altri giudici, come “materiale normativo”, laddove se ne prospetti l’applicazione a casi futuri⁹⁷.

Concludendo, la posizione qui sostenuta – secondo cui il diritto penale non vive, nel senso che non esiste, al di fuori del processo e quindi della decisione del singolo giudice – non esclude affatto il carattere “normativo” del “diritto”, posto, ripetesi, che ogni sentenza presuppone comunque la previa individuazione di una “norma” sotto cui ricondurre il provvedimento individuale e concreto.

A ben vedere l’unica, vera, particolarità, che potrebbe spiegare – se non addirittura entro certi limiti giustificare – l’obiezione che, se diritto è solo quello concretamente creato dal giudice con la sentenza, sarebbe allora logicamente inutile, risolvendosi in una superfetazione, ammettere la preesistenza di una norma generale e astratta, starebbe nel fatto che – a differenza di quanto comunemente ancora si “declama” – il giudice non perviene alla decisione attraverso un procedimento logico “deduttivo” dalla norma generale e astratta (contenuta nella legge) al comando individuale e concreto; ma, tutt’al contrario, una volta che ha *già deciso* qual è il diritto applicabile nel caso concreto, ricostruisce la “norma” (generale e astratta) *attraverso un procedimento logico di tipo “induttivo”*, andando cioè dal “particolare” al “generale”, dando al testo legislativo, attraverso l’interpretazione, il “significato” che ha *già* deciso di attribuirgli. Detto altrimenti, alla individuazione della “norma” incriminatrice generale e astratta il giudice – cioè lo *stesso organo dell’applicazione* – perviene *implicitamente* una volta che abbia *già deciso di applicarla* al caso oggetto della sua decisione, essendo già *logicamente contenuta nella sua “scelta” normativa* individuale e concreta⁹⁸. Solo *ex post* con la sua “applicazione” si

⁹⁷ *Supra*, nota 75.

⁹⁸ A ulteriore conferma di ciò, si ricordi infatti come il processo penale sia finalizzato alla *verifica di un’ipotesi accusatoria*, ossia non di un semplice fatto storico ma di un *fatto inevitabilmente già “valuta-*

saprà qual è stata la “norma”, generale e astratta, tenuta presente dal giudice nella decisione sul caso concreto.

In diritto penale, dunque, *effettivamente rilevante* sul piano normativo in quanto *effettivamente “vincolante”* è la “norma” per come “ricostruita” dal giudice attraverso l’“interpretazione” (del “materiale normativo” da lui effettivamente utilizzato) e per come è stata dallo stesso giudice concretamente “applicata” nella singola decisione; “vincolante” dunque *in quanto concretamente applicata*⁹⁹. In altre parole, *il giudice penale “crea” la norma nello stesso momento in cui la applica* (“diritto” come “regola” del caso deciso). Ciò non esclude tuttavia che quella creata dal giudice attraverso l’interpretazione sia comunque una *vera “norma”*, posto che essa, data la sua “struttura semantica”, generale e astratta, ha comunque l’idoneità a valere anche per una serie indefinita di (analoghi) casi futuri, avendo il carattere della “generalizzabilità”-“universalizzabilità”, ovviamente *solo se e nei limiti in cui* i giudici successivi decidano concretamente di applicarla.

E, si ricordi, è proprio per garantire, per quanto possibile, l’esigenza, politica, di “stabilità” immanente ad ogni ordinamento giuridico – attraverso la (almeno tendenziale) applicazione, da parte dei giudici, della stessa norma allorché si presentino casi simili – che i diversi sistemi giuridici prevedono, allo scopo di soddisfare anzitutto l’esigenza di certezza del diritto, meccanismi funzionali al raggiungimento di questo risultato di stabilizzazione. Ma è proprio questa idea di norma, in quanto fattore intrinsecamente di “stabilizzazione” politica dell’ordinamento, a costituire, in realtà, dal punto di vista strettamente giuridico, *solo “mitologia”*. Infatti – ed è questo il punto fondamentale –, nel momento in cui si guarda alla norma creata dal giudice, non solo in quanto presupposto giuridico della decisione del caso concreto, ma in funzione – data la sua struttura generale e astratta – della sua *potenziale* applicazione anche a situazioni future, questa norma, in quanto mera “aspettativa” di future decisioni conformi, dogmaticamente è, in realtà, più precisamente, come abbiamo visto (*supra*, § 9), *solo una “aspettativa di norma”*, in quanto tale *non direttamente “vincolante”* (trattandosi, quando assume nella sentenza “forma” di enunciato linguistico come “massima”, di “materiale normativo” utilizzabile in futuro dai giudici, al pari della “legge”)¹⁰⁰.

to” normativamente da parte dell’organo dell’accusa (anzitutto in sede di formulazione dell’imputazione: vedi art. 417 comma 1 lett. b c.p.p.) .

⁹⁹ Nel senso che tanto l’applicazione che l’interpretazione della norma si fondono nell’atto decisionale, E. PARESCHE, *L’interpretazione nella dinamica del diritto*, cit., 388-389 e 390 nota 107.

¹⁰⁰ *Supra*, nota 75.

13. La “retroattività” come “aspetto logico” della norma penale incriminatrice. Il problema dell’interpretazione giudiziale *in peius* rispetto a quella vigente al momento della commissione del fatto

Una volta riconosciuto che è il giudice, attraverso l’attività interpretativa, a creare la “norma” nel momento in cui la applica, ne discende una ulteriore conseguenza della massima importanza teorica ma soprattutto pratica: *l’inevitabile “retroattività” della norma incriminatrice rispetto alla commissione del fatto oggetto del giudizio.*

È evidente che questa conclusione – opposta a quanto per lo più tralaticciamente si ripete, ma – rigidamente consequenziale rispetto a certe premesse pone delicati problemi con riferimento alla salvaguardia delle più elementari esigenze di “garanzia” della libertà personale. Ciò impone necessariamente, a mio parere, una *nuova lettura*, sotto questo aspetto, del *principio* – costituzionale, ma anche stabilito esplicitamente dai trattati internazionali – di *“irretroattività”* delle (nuove) incriminazioni, *in modo da “ampliare”,* e non restringere, *le garanzie di libertà.*

È noto infatti come ancora oggi negli ordinamenti di *civil law*, dove tutte le Carte fondamentali stabiliscono in modo inequivoco che la “legge formale” del Parlamento deve essere entrata in vigore *prima* della commissione del fatto di reato da essa previsto, non si riesca a dare una soluzione soddisfacente – in quanto effettivamente vincolante per i giudici – al delicatissimo problema, anzitutto politico, della *modifica dell’“interpretazione giudiziale” in senso “più sfavorevole” all’imputato*, posto che, *formalmente*, l’atto legislativo (= “testo” di legge), in cui la (nuova e più severa) “norma” applicata dal giudice sarebbe contenuta, sarebbe comunque entrato in vigore *“prima”* della commissione del fatto da giudicare.

Non v’è dubbio però che, di fronte a questa conclusione, logicamente dedotta in modo ineccepibile dal presupposto che la interpretazione della legge non è creazione della norma (conclusione, non a caso, ancora oggi avallata dalla giurisprudenza dominante), la *“sostanza” politico-garantista del principio di “irretroattività”* delle norme incriminatrici potrebbe in realtà ritenersi *effettivamente* rispettata solo laddove si prendesse coraggiosamente atto, in funzione della massima garanzia del cittadino, della *incostituzionalità* dell’applicazione del “risultato” di una “interpretazione” della legge (scritta) laddove questa pervenga a *conseguenze “più severe” di quelle che costituivano il “diritto vivente”* – e quindi “vigente” – *al momento della commissione del fatto* (ad es. secondo una giurisprudenza in quel momento “consolidata”). Ma tale conclusione è

evidentemente possibile solo muovendo dal presupposto dogmatico che *qualunque modifica, nel tempo, del “risultato di senso” dell’interpretazione giudiziale* significa, in realtà, modifica della stessa “norma”: in una parola, “creazione” di una “nuova” norma rispetto a quella esistente – in quanto già applicata – al momento della commissione del fatto da giudicare¹⁰¹. È questa, a mio parere, la “nuova frontiera” del principio di legalità, in particolare intendendo il termine “legge” come sinonimo di “norma”¹⁰² (applicabile ed in concreto

¹⁰¹ Così come, allo stesso modo, deve ritenersi *costituzionalmente imposta* – in via diretta o indiretta – l’applicazione di una nuova norma da parte del giudice ricavata da un’interpretazione “più favorevole” rispetto a quella che costituiva il risultato di una interpretazione precedente. Conclusione cui si deve pervenire quantomeno per il rispetto “sostanziale” della garanzia contenuta nell’art. 15 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici (secondo cui «[...] Se, posteriormente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, il colpevole deve beneficiarne») e ribadita dall’art. 49 comma 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea, già Carta di Nizza (a tenore del quale «[...] Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l’applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest’ultima»); oltre che per la sua congruenza con la *ratio* del principio di “inviolabilità” della libertà personale (di cui ad es. all’art. 13 Cost.) e della conseguente natura “eccezionale” delle sanzioni penali, comportando l’interpretazione più favorevole un “ampliamento” della suddetta sfera di libertà (analogamente a quanto accade per l’interpretazione “restrittiva”: *supra*, nota 16).

¹⁰² Conclusione, già di per sé, razionalmente plausibile, tenendo presente l’ambiguità del significato che assumono nei diversi testi normativi i termini “legge” e “disposizione”, utilizzati altresì (indifferentemente) come sinonimi di “norma giuridica” e addirittura di “diritto positivo” (vedi ad es. l’art. 3 comma 1 Cost.: «Tutti i cittadini [...] sono eguali davanti alla legge»). Ciò significa, allora, che – se il divieto di retroattività sancito dall’art. 25 comma 2 Cost., ma comune a tutti i sistemi di *civil law*, secondo cui «Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso» va riferito, propriamente, alla “norma” giudiziale (e non al “testo” di legge) – ne deriva come sia “incostituzionale” l’applicazione di una “norma” creata dal giudice *successivamente* alla commissione del fatto e *più severa* del – risultato dell’ – interpretazione (“norma”) allora vigente. È questa, a mio avviso, come detto, la “nuova frontiera” del principio di legalità oggi. Dove l’unico, vero, problema potrebbe semmai porsi per i fatti realizzati dopo la (formale) entrata in vigore di una legge, ma *prima* che essa abbia mai avuto concreta applicazione; quindi prima della formazione di qualunque norma giudiziale. In questo caso, come vedremo *infra*, § 14, la “sostanza politica” del divieto di retroattività della norma penale incriminatrice – costitutivo di una “garanzia” di “libertà” di qualunque cittadino, sancita, oltre che a livello costituzionale, dai trattati internazionali – dovrebbe valere solo quando una certa “interpretazione” giudiziale (e quindi la “norma”) andasse palesemente contro una “aspettativa” che si può presumere “ragionevole” da parte di un *homo eiusdem conditionis*; ossia quando andasse “al di là” del contesto di possibilità su cui può fare “affidamento” un uomo medio che interpretasse lo stesso testo legislativo secondo un ragionevole “arco di attese”.

In questa direzione si muove d’altronde la giurisprudenza consolidata delle Corti europee – Corte EDU e Corte di Giustizia UE – laddove individua come requisiti “qualitativi” di riconoscimento della esistenza e della “efficacia” di una “norma penale” la sua “accessibilità” e la “ragionevole prevedibilità” della “sostanza” del suo contenuto, e dunque del suo ambito applicativo come discendente dalla interpretazione giurisprudenziale, da parte del destinatario. Per tutte, vedi Corte EDU, Grande Camera, 11 novembre 1996, *Cantoni c. France*, ricorso n. 17862/91, in *hudoc.echr.coe.int*; ID., Grande Camera, 22 novembre 1995, *S.W. c. The United Kingdom*, ricorso n. 20166/92, *ibidem*; ID., Seconda Sezione, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ricorso n. 75909/01, *ibidem*; ID., Quinta Sezione, 25 giugno 2009, *Liivik c. Estonia*, ricorso n. 12157/05, *ibidem*; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 28

applicata), in quanto soluzione politicamente funzionale, tra l'altro, ad un reale "ampliamento" delle garanzie e dei diritti inviolabili del cittadino.

Al contrario, come detto, negli attuali sistemi di *civil law* (come quello italiano), il mutamento giurisprudenziale in senso "più severo", ossia una nuova "interpretazione" di una certa "disposizione" incriminatrice in senso "più sfavorevole" rispetto a quella fino ad allora praticata dalla giurisprudenza (almeno nel caso di un'interpretazione "consolidata"), non esclude la sua applicazione ai fatti oggetto del giudizio sulla base di una vera e propria "truffa delle etichette", secondo cui, essendo comunque la "legge" (scritta) entrata in vigore *prima* del fatto commesso, non ci sarebbe alcuna violazione del divieto di retroattività della "legge" più sfavorevole, formalisticamente identificata *tout court* con la "norma" ossia con la regola concretamente applicata. Ciò appunto alla stregua, ancora una volta, di quella vera e propria *finzione giuridica* secondo cui l'interpretazione non "creerebbe" la "norma", ma avrebbe solo funzione "ricognitiva" e "dichiarativa" del - vero e unico - "diritto" da sempre contenuto nella "legge"; diritto (vigente) che le precedenti decisioni giudiziarie avevano, evidentemente - è questo un presupposto comunque *logicamente implicito* dell'intero *iter* argomentativo - accertato *erroneamente*: "errore" in quanto, appunto, "falsa conoscenza" di un *quid* pre-dato, cioè la "legge".

Anche i sistemi di *common law*, sia pure attraverso il ricorso a presupposti concettuali e a strumenti giuridici diversi, pervengono alle stesse conclusioni. L'affermazione - meglio: la "declamazione" - della funzione meramente "ricognitiva" dell'interpretazione giudiziale percorre infatti anche il mondo dei giuristi di *common law*, dove - come si afferma da sempre - il giudice si limiterebbe a "dichiarare", "svelandolo", un *common law* esistente *ab immemorabili* ma, soprattutto, "eterno" e pertanto "immutabile" (caratteri su cui fonderebbe la sua autorità ma soprattutto la sua "autorevolezza"). Da ciò discende, come inevitabile conseguenza, che, quando il giudice, nonostante il vincolo normativo di "uniformarsi" al "precedente" derivante dal principio dello *stare decisis*, voglia ciononostante "discostarsi" dalla *ratio decidendi* espressa nel precedente vincolante per "adeguare" la regola giuridica da applicare nel caso concreto alle mutate esigenze sociali - ma senza sovvertire formalmente il sistema - debba, come abbiamo visto, necessariamente ricorrere a strumenti, sempre predisposti dall'ordinamento, tra loro diversi ma tutti egualmente funzionali allo scopo, come il *distinguishing* e, specialmente, l'*overruling*. Isti-

giugno 2005, Dansk Røroindustri e altri c. Commissione, C-189/02 P e a., in *curia.europa.eu*, ID., Seconda Sezione, 8 febbraio 2007, Groupe Danone c. Commissione, C-3/06 P, *ibidem*.

tuto dell'*overruling*; in particolare, attraverso cui una certa "interpretazione" giudiziale precedente è rifiutata e quindi non è più ulteriormente "vincolante" laddove un altro giudice (di grado superiore o, almeno di regola, appartenente, orizzontalmente, alla stessa corte superiore) ritenga che essa non corrisponda al "vero" - in quanto "unico" - *common law*, che la decisione *overruled* aveva viceversa "erroneamente" accertato; con la inevitabile conseguenza della sostanziale "retroattività" della "nuova" *regula iuris*, da sempre tuttavia teoricamente giustificata attraverso, ancora una volta, la "finzione" dell'efficacia meramente "dichiarativa" dell'attività interpretativa del giudice, per cui la nuova sentenza non farebbe altro che "riconoscere" il "vero" diritto quale esso è sempre stato.

I due sistemi di *civil law* e *common law*, pur muovendo entrambi dall'evidente "finzione (giuridica)" della natura dell'interpretazione giudiziale come attività meramente "dichiarativa" (= "ricognitiva") di un diritto già esistente e quindi, in definitiva, dalla "finzione (politica)" della "neutralità" del giudice-interprete, cui sarebbe affidato il solo compito di "scoprire", usando bene la sola logica argomentativa, la unica soluzione giuridicamente "corretta" per ciascun caso concreto, *divergono* tuttavia *sul piano degli "effetti"*, anzitutto proprio con riferimento al delicato problema della *rilevanza* (ossia del valore giuridico) da attribuire alla modificazione in senso "più sfavorevole" dell'interpretazione giurisprudenziale.

Mentre infatti nei sistemi di *civil law* la "finzione" della natura dichiarativa dell'interpretazione non consente, allo stato dell'attuale legislazione formalmente vigente, anche costituzionale, di superare in alcun modo¹⁰³, in funzione del rispetto delle più elementari garanzie di libertà, l'inaccettabile "retroattività" della "nuova" disciplina applicata; tutt'al contrario, i sistemi di *common law* risolvono il problema - almeno dal punto di vista pratico (che è poi quello che veramente interessa) - attraverso il ricorso a diversi meccanismi. In particolare, negli U.S.A., una volta esclusa in materia penale - almeno come regola generale - l'utilizzazione dell'istituto del *prospective overruling*, quando il giudice penale vuole dare un'interpretazione più severa di quella "cristallizzata" nei precedenti giudiziari al momento della realizzazione del fatto, in-

¹⁰³ Anche se sono sempre più frequenti, ad imitazione di quanto avviene nei sistemi di *common law* e in particolare negli U.S.A., i tentativi, da parte della dottrina e della giurisprudenza (che pure muovono dalla concezione tradizionale che sia la "legge" a creare la "norma"), di utilizzare - anche nei sistemi di *civil law* - (se non direttamente l'istituto statunitense del *prospective overruling*, almeno *de iure condendo*) il meccanismo dell'"errore di diritto scusabile" onde pervenire comunque, alla fine, all'assoluzione dell'imputato per mancanza della c.d. "colpevolezza". Sul punto vedi, nella dottrina italiana, per tutti A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014, 2ª ed., 113-115; 191-192; 268 ss.; 316 ss., spec. 321-325.

dividua, affermandolo formalmente, il nuovo principio di diritto, che viene applicato retroattivamente anche nel giudizio in corso, ma pervenendo comunque in concreto all'assoluzione dell'imputato utilizzando la *defence del mistake of law* ("errore di diritto", oltretutto "presunto" nello stesso cambio giurisprudenziale); in una parola, direbbero i *civil lawyers*, per mancanza di "colpevolezza" e quindi di "rimproverabilità" per il fatto¹⁰⁴. Allo stesso risultato della non punibilità dell'imputato si arriva viceversa in Inghilterra attraverso il ricorso all'istituto del *absolute discharge*, con cui il giudice, nonostante la formale affermazione di responsabilità dell'imputato, si astiene dall'applicare in concreto la pena (purché la assoluta e immediata non punizione sia nell'interesse dell'accusato e non sia contraria all'interesse pubblico).

Anche da queste considerazioni si vede però come, ancora una volta, la "decisione finale" su quale sia la "norma" applicabile nel caso concreto - tanto nei sistemi di *common law* che di *civil law* - spetta sempre comunque al singolo giudice, *sulla base di una sua "scelta" squisitamente "discrezionale" e quindi inevitabilmente "politica"*, con la quale *decide se rispettare o meno la "sostanza politica" del principio di garanzia dell'irretroattività della "norma"*, da lui stesso individuata attraverso l'interpretazione, se "più sfavorevole" rispetto a quella - sempre di origine giudiziale (e magari consolidata) - effettivamente vigente al momento della commissione del fatto¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Per tutti, vedi E. GRANDE, *Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?*, in *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, a cura di G. Fiandaca, Padova, 1997, 141 ss., in particolare 141-143; ID., *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di «common law»: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto*, in *Foro it.*, 1998, c. 415 ss.. Con riferimento al problema dell'applicabilità dell'istituto dell'ignoranza inevitabile della legge penale nei sistemi di *civil law*, come meccanismo adeguato a garantire il rispetto della *sostanza politica* del divieto di retroattività della "legge" più sfavorevole di fronte alla necessaria "retroattività" dell'applicazione di tutte le norme penali, vedi anche *infra*, § 14.

¹⁰⁵ La modificazione giurisprudenziale della normativa in senso "più sfavorevole" per il soggetto da giudicare può derivare non solo dalla prospettiva "sostanziale", ad es. qualificando come reato un fatto che prima non era ricondotto sotto una certa norma incriminatrice, ma anche - e forse soprattutto - dalla prospettiva "processuale": si pensi ad es. al caso in cui si voglia ritenere "sufficiente", ai fini della prova necessaria per la condanna, la presenza di due dichiarazioni *de relato*, convergenti, da parte di due imputati in procedimenti connessi o collegati a quello del giudizio, quando in precedenza si riteneva viceversa che le stesse dichiarazioni *de relato* dovessero essere comunque corroborate, per costituire piena prova, anche da c.d. "riscontri esterni" (oggettivi). A questo proposito, si pensi ad es. alla "interpretazione" che i giudici oggi danno alla formula dell'art. 192 comma 3 c.p.p. (secondo cui «Le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso [...] sono valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità») con riferimento all'espressione «altri elementi di prova», se da intendere come necessità di riscontri "esterni" di tipo oggettivo rispetto all'oggetto delle dichiarazioni (nel senso di forniti da altri e distinti mezzi probatori) ovvero come sufficienza anche di semplici ulteriori dichiarazioni (soggettive) di imputati in procedimenti connessi o, addirittura, come semplici riscontri "interni" alla stessa dichiarazione della cui atten-

Il che costituisce un'ulteriore conferma, sia pure da questa angolazione specifica, che nella realtà è il singolo giudice che “crea” la “norma” attraverso l’“interpretazione” (non importa se della “legge scritta” o del “diritto” *lato sensu*, a seconda dei diversi sistemi). Da ciò discende poi un ulteriore corollario, della massima importanza dal punto di vista della comparazione giuridica: che, pur muovendo da premesse ordinamentali e dogmatiche *apparentemente* inconciliabili tra loro, i sistemi di *civil law* e di *common law* sono, alla fine, più “vicini” di quanto possa sembrare ad una analisi superficiale del fenomeno giuridico (specie dal punto di vista delle soluzioni che vengono date ai problemi che concretamente si prospettano). Vicinanza che si manifesta anzitutto nella “affinità” del “ruolo” svolto dai giudici nei sistemi di *common law* e *civil law*, una volta che venga riconosciuta la natura effettivamente “creativa” anche dell’attività interpretativa della legge scritta svolta da questi ultimi.

14. L’inevitabile “rischio” penale della “interpretazione” da parte dei destinatari della norma come conseguenza della sua logica “retroattività”

Se dunque la “norma penale”, in quanto creata in via di “interpretazione” dal giudice nello stesso momento in cui viene applicata, logicamente non può che essere “retroattiva” (rispetto alla commissione del fatto storico oggetto di giudizio), il vero problema è allora individuare gli “strumenti” (anzitutto giuridico-istituzionali, in quanto “interni” allo stesso sistema “legale”) che consentano comunque di “garantire”, nella massima misura possibile, la “sostanza politica” del divieto di retroattività delle norme penali “di sfavore” (come sono, per definizione, *tutte* le norme attraverso cui viene punito un comportamento umano)¹⁰⁶, principio contenuto, come noto, non solo nelle Costituzioni di tutti gli Stati democratici, ma anche ribadito nei Trattati internazionali in materia penale generalmente ratificati dai paesi civili¹⁰⁷.

dibilità si discute. Sul valore probatorio della c.d. “chiamata in correità” vedi, per tutti, in dottrina, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 2015, 10^a ed., 210-217.

¹⁰⁶ Comportamento *prima* ritenuto penalmente lecito ovvero punito meno severamente. Al contrario, l’applicabilità anche a fatti pregressi di una nuova norma che, continuando a prevedere quel fatto come reato, lo punisse però “meno severamente” non violerebbe, evidentemente, la “sostanza politica” del principio di irretroattività delle norme incriminatrici, dal momento che viene ad “ampliare” la sfera di “libertà” del destinatario. Nel senso che l’applicazione di una norma “più favorevole” per l’imputato sia addirittura imposta al giudice a livello sia costituzionale che di trattati internazionali vedi *supra*, nota 101, e *infra*, nota 107.

¹⁰⁷ Si considerino, per tutti, l’art. 7 C.E.D.U. (nonostante l’ambiguità dello specifico riferimento, tra le fonti del c.d. diritto internazionale penale, anche alla consuetudine e ai «principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili») e l’art. 15 Patto internazionale sui diritti civili e politici (che prevede esplici-

Ora, essendo l'interpretazione della legge - come di qualunque testo scritto - un'attività evidentemente *libera*, potendo essere compiuta da chiunque (*supra*, § 9), il (potenziale) *destinatario della norma*, dando una certa "lettura", e quindi "interpretazione", di un "testo" di legge¹⁰⁸, può, *di fatto, ritenersi "vincolato"*; cioè "obbligato", ad un certo comportamento. Occorre però ancora una volta sottolineare che ciò che costituisce il risultato di detta interpretazione, non è la "norma", *ma una certa "rappresentazione" di "norma"*; cioè qualcosa che il privato, appunto, ritiene come "*possibile norma*", ossia come possibile "schema" interpretativo-applicativo utilizzabile da parte del giudice: in una parola, la sua, *personale*, "aspettativa" di norma. Per cui, in fondo, anche in questa prospettiva, ciò che viene "sentito" come "norma" effettivamente vincolante è *solo* l'interpretazione (meglio: la *rappresentazione* della interpretazione) che (eventualmente) sarà data dal giudice nel decidere un caso concreto.

Fondandosi dunque solo su una sua personale previsione (di possibili "interpretazioni" del giudice) - magari avallata dal "parere" di un interprete qualificato del diritto come un avvocato -, il privato, inevitabilmente, *assume il "rischio" del suo comportamento*. È questo, a mio parere, il primo, vero, "rischio penale" che incombe sul cittadino dal punto di vista sociale e politico¹⁰⁹. Ovvio che, sul piano strettamente "psicologico" dell'efficacia "deterrente" della norma (*rectius*: della sua personale "aspettativa" di norma), il "privato" (meno "avveduto" e smaliziato) possa (prescindendo dal necessario "passaggio" della "previsione" - meglio: "predicibilità" - della decisione del giudice) ritenersi *direttamente "vincolato"* proprio dalla "legge", ossia dall'"interpretazione" che "lui" dà alla legge (e quindi dalla "norma" che è *convinto* essere vigente). Ancora una volta, in realtà, ciò che esiste (al di là di una sua erronea convinzione, anche se comprensibile politicamente, posto

tamente, tra l'altro, al pari dell'art. 49 comma 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, già Carta di Nizza, anche la retroattività delle norme penali di favore: *supra*, nota 101).

¹⁰⁸ Sottolinea Kelsen come «anche gli individui che devono non già applicare, ma obbedire al diritto, tenendo quel comportamento con cui si evita la sanzione, devono comprendere le norme cui devono obbedire e quindi accertarne il significato», ossia secondo la loro "personale" interpretazione (H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 381).

¹⁰⁹ Dice con la consueta chiarezza e incisività H. KELSEN, *La dottrina pura*, cit., 388: «Quando un individuo vuole obbedire ad una norma giuridica che regola il suo comportamento (cioè vuole adempiere un dovere impostogli, tenendo quel comportamento al cui comportamento contrario la norma giuridica ricollega una sanzione), anche questo individuo *deve compiere una scelta fra le diverse possibilità*, quando questo comportamento non è univocamente determinato dalla norma cui deve obbedire. *Questa scelta però non è autentica. Essa non è vincolante* per l'organo che applica questa norma giuridica e *quindi corre sempre il pericolo di essere considerata erronea da quest'organo*, cosicché il comportamento dell'individuo che si fonda su di essa viene giudicato un reato» [corsivi miei].

che tale “privato” risente, ovviamente, dei “condizionamenti” “ideologici”, ancora comuni, che ravvisano nel “legislatore” l’unico “creatore” del diritto) è una sua “personale rappresentazione” della “legge” – non “la legge” –, intesa come “norma”. Ossia, appunto, una mera “aspettativa” di “norma”.

Ma *fino a che punto l’ordinamento può “scaricare” questo “rischio” (di “interpretazione” della “legge” penale) sul cittadino?*¹⁰ Ossia: fino a che punto l’ordinamento può caricare il cittadino del rischio di qualcosa che non può personalmente dominare, posto che qualunque decisione giudiziale, per definizione demandata ad un soggetto “terzo”, esce sicuramente dalla sua *immediata* “sfera di controllo”? La risposta a questo quesito necessita di alcune puntualizzazioni preliminari.

Anzitutto, se la “norma” ricavabile da un “testo normativo” fosse – dal punto di vista della correttezza metodologica – sempre una e una sola, è evidente come non avrebbe alcun senso l’affermazione, comune in dottrina e in giurisprudenza¹¹⁰, che l’ignoranza della “legge” penale è “scusabile” (con conseguente “non punibilità” dell’agente) se “inevitabile”, cioè “incolpevole”; ed è tale, fra l’altro, in particolare, come comunemente riconosciuto, proprio in presenza di rilevanti oscillazioni giurisprudenziali¹¹¹. In tal caso è infatti evidente come l’“incertezza” (“scusabile”) sulla (esistenza o portata della) legge penale¹¹² deriva, fra l’altro, proprio – meglio: anzitutto – dal mancato corretto operare di quei meccanismi di risoluzione delle “antinomie” normative previsti dalle norme di “organizzazione” di ciascun ordinamento (*in primis*, nei sistemi di *civil law*, la funzione “nomofilattica” della Cassazione, che dovrebbe – istituzionalmente – dar vita ad un’interpretazione “uniforme” di ciascun testo legislativo, ossia ad un’unica “norma”, quella che si afferma “corretta”, come strumento che dovrebbe consentire il superamento *ex post* di una eventuale antinomia già esistente: *supra*, § 11).

Ciò significa che *l’ignoranza “scusa” a causa dell’“inadempimento” dei “doveri istituzionali” da parte degli “organi” dello Stato, in primis i giudici* (compre-

¹⁰⁰ Come tra l’altro fa ad es. la Corte costituzionale nella motivazione della sentenza 24 marzo 1988, n. 364, nel dichiarare la parziale incostituzionalità dell’art. 5 c.p. sulla inescusabilità della ignoranza della legge penale.

¹¹¹ Il «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» è infatti uno dei criteri – probabilmente il più rilevante nella pratica – esplicitamente indicati dalla Corte costituzionale (nella sentenza n. 364/1988, cit. *supra*, nota 110, spec. § 27 della sua motivazione) come “sintomatici” dell’“inevitabilità” dell’ignoranza della legge penale, e quindi della sua “scusabilità”; nello stesso senso è orientata la dottrina. Sul criterio della mancanza di “tassatività”, rilevante solo se la disomogeneità interpretativa superi la soglia di una normalità fisiologica (Corte cost., 31 luglio 1989, n. 472), e dunque, alla fine, comunque sempre riferibile a gravi e intollerabili contrasti giurisprudenziali, vedi *supra*, nota 84.

¹¹² Sulla tutela della “certezza” si basa infatti, non a caso, la sentenza n. 364/1988 della Corte costituzionale cit. *supra*, nota 110.

si quelli della Corte Suprema), *per il mancato funzionamento dei “meccanismi di garanzia”, ossia di “stabilizzazione” del sistema, giuridicamente previsti.* Quanto detto presuppone allora, logicamente, che le “norme” siano più, e tra loro in (potenziale) contrasto (altrimenti, se la norma “correttamente” ricavabile da uno stesso testo normativo fosse solo una, l’inescusabilità dell’ignoranza della legge penale dovrebbe essere – almeno tendenzialmente¹¹³ – “assoluta”).

Ciò conferma, d’altro canto, che, se dal principio dell’inescusabilità dell’ignoranza colpevole si ricava che il privato ha il “dovere giuridico” di “prendere conoscenza” dell’esistenza di norme penali¹¹⁴, ossia uno specifico dovere di “diligenza” di “conoscenza” del diritto penale vigente, è allora corretto ritenere che il privato-destinatario, di fronte ad un “testo” di “legge”, può

¹¹³ Salvo non ritenere tale situazione di ignoranza o “sintomo” di una particolare “condizione patologica” dello stesso imputato (ma in tal caso ciò si riverbererebbe anzitutto sulla sua imputabilità) o, direttamente, senz’altro effetto di una “patologia” che affetta lo stesso sistema: il che può avvenire o per la incapacità da parte delle istituzioni dello Stato di dare adeguata “comunicazione” della rilevanza penale di un fatto non “sentito” come tale dalla coscienza morale e sociale della maggioranza, se non della generalità, dei cittadini in quanto non corrispondente alle c.d. “norme di cultura” che reggono in quel momento storico quella certa società; ovvero – come subito vedremo – per la violazione da parte dello stesso legislatore del dovere di “chiarezza” nella formulazione della ipotesi di reato, ossia per la violazione del principio di tassatività delle incriminazioni. Non mi sembra un caso, a sua volta, che la regola originaria, contenuta in tutte le codificazioni più risalenti, maggiormente “sensibili” di fronte alle suggestioni illuministiche del sillogismo giudiziario come conseguenza del giudice mera “bocca della legge”, era quella della *assoluta inexcusabilità* dell’ignoranza della legge”, e in particolare della legge penale. Se infatti – per ipotesi – la norma *correttamente* ricavabile in via interpretativa da una *stessa* disposizione di legge fosse effettivamente *una e una sola*, essendo allora la “legge” e dunque anche “la” (unica) norma ad essa corrispondente, per sua natura e quindi per definizione, intrinsecamente “chiara” (secondo appunto l’ideale illuministico, manifestato anche da Beccaria: *supra*, § 3), ciò significa che – utilizzando gli “schemi medi” propri del diritto – qualunque uomo *eiusdem conditionis*, quale “agente-modello” appartenente alla società di cui quel certo ordinamento giuridico è storicamente espressione, “potrebbe” e quindi “dovrebbe” conoscere la “norma”; con la conseguenza che la sua (eventuale) “ignoranza” non potrebbe allora che essere, inevitabilmente, “colposa” e quindi, appunto, “inescusabile”. Il che conferma – fermi questi presupposti – la correttezza logica della “presunzione assoluta” di “conoscenza” della norma (data appunto la sua normale “conoscibilità” da parte di un uomo medio *eiusdem conditionis*), da sempre vista, dalla dottrina tradizionalmente legata al modello della identificazione tra “legge” e “norma”, come *ratio* del principio, avente valore “assoluto”, della *ignorantia legis non excusat*. Solo in tempi relativamente recenti si è viceversa fatta strada la prospettiva della “*scusabilità*” dell’ignoranza “*inevitabile*” della legge penale, finendo per imporsi come conseguenza dell’idea, più generale, che non si può punire senza la possibilità di un “rimprovero personale” a carico dell’autore del fatto di reato; rimprovero che non può evidentemente essere formulato nei confronti di un soggetto quando, fra l’altro, la (fisiologica) antinomia normativa tra “interpretazioni” discordanti non ha potuto essere superata attraverso i meccanismi di “stabilizzazione” del sistema predisposti dallo stesso ordinamento.

¹¹⁴ “Dovere” che, mi sembra, discende, in generale, quantomeno implicitamente – almeno per l’ordinamento italiano –, dall’art. 54 comma 1 Cost., secondo cui tutti i cittadini hanno il “dovere di osservare” le leggi della Repubblica; dovere che non potrebbe essere adempiuto, se non presupponesse logicamente *anche* il “dovere di prendere conoscenza” delle leggi stesse.

- non: “conoscere” la “norma”, che ancora non c’è, ma - solo nutrire una “ragionevole aspettativa” di “norma”, sulla base e del “testo” di legge e della giurisprudenza pregressa contenuta nelle “massime”.

Detto altrimenti: anche sotto la prospettiva del principio della scusabilità dell’ignoranza inevitabile della legge penale, possiamo dire che la “legge” contiene solo una “aspettativa” di “norma”, ossia la “prevedibilità” di una certa “interpretazione” da parte del giudice (e di un conseguente “comportamento” giudiziario). Tant’è che, se questa “prevedibilità” trova conferma, non si potrà invocare un’ignoranza inevitabile, essendoci una *culpa iuris*; al contrario, ci sarà ignoranza “inevitabile”, e quindi “scusabile”, se il giudice va, nella sua “interpretazione” della legge, “fuori” da, ossia “al di là” di ogni “ragionevole aspettativa” sulla base dell’interpretazione che del testo può fare un “profano”, secondo quindi il parametro, “oggettivo”, dell’uomo medio *eiusdem conditionis* (lo stesso già universalmente utilizzato per l’accertamento della “colpa” per il “fatto”), ossia *superando i normali “limiti di tollerabilità”* secondo il parametro oggettivo del “comune modo di sentire”¹¹⁵ in un certo contesto storico.

Oggi dunque il “rischio” di una certa “interpretazione” della “legge” penale *solo fino a un certo punto* può ricadere sul destinatario della “norma” (“rischio” derivante, inevitabilmente, dal fatto che solo *ex post*, con la concreta interpretazione-applicazione della legge, si saprà qual è stata la “norma”, *generale e astratta*, tenuta presente dal giudice nella decisione sul caso concreto, con la conseguenza della sua necessaria “retroattività”); superato un certo limite, infatti, l’“incertezza” (di per sé logicamente ineliminabile e pertanto inevitabile) non è più “ragionevolmente superabile”¹¹⁶, e quindi “politicamente” - ma anche secondo un comune sentimento di “giustizia” - “accettabile”; onde

¹¹⁵ La Corte costituzionale, nella già citata sentenza n. 364/1988, ha individuato, sia pure come *obiter dicta*, alcuni “criteri”, oggettivi e soggettivi, di determinazione dell’“inevitabilità” dell’*ignorantia iuris*; in attesa però, ancora una volta, che sia la giurisprudenza a concretizzarli, consolidandoli nella c.d. prassi “applicativa”. Sulla “ragionevole prevedibilità” della “sostanza” del contenuto di una “norma penale” da parte del suo destinatario come uno dei criteri di riconoscimento della sua esistenza vedi la giurisprudenza delle Corti europee cit. *supra*, nota 102.

¹¹⁶ Si noti: affermare che l’“incertezza” (o comunque un certo margine di incertezza) sulla legge penale è comunque logicamente inevitabile, data la (fisiologica) “retroattività” dell’applicazione della norma penale, non contraddice però il fatto che l’ignoranza della legge penale “scusa” solo se è “inevitabile”: qui l’inevitabilità è un’inevitabilità “normativa” nel senso che si ha quando la qualifica come reato di un fatto concreto da parte di un giudice non è “ragionevolmente prevedibile” neppure da parte di un uomo medio *eiusdem conditionis*. Breve: l’incertezza che deriva dall’ignoranza della legge è *sempre* inevitabile, ma tale inevitabilità sarà “scusabile” solo se supererà il limite del “ragionevolmente prevedibile”. Sui “limiti di tollerabilità” del c.d. “rischio penale”, alla luce del rispetto della “sostanza politica” del principio di “personalità” della responsabilità penale, vedi *infra*, in questo stesso paragrafo.

va a carico dello Stato. Se lo Stato, infatti, pretende dal destinatario della “legge” che costui si attivi per prenderne conoscenza, rimane, corrispettivamente, comunque a suo carico l’*obbligo dei suoi organi, in primis* i giudici, di mantenersi, nell’“individuare” la “norma” in concreto applicabile, in un “perimetro” di possibili soluzioni “ragionevolmente prevedibili” da un uomo medio *eiusdem conditionis*.

L’“inadempimento” dello Stato, tale da “scusare” l’“ignoranza” della “legge”, non può essere allora, evidentemente, che un’*inadempienza “istituzionale” per il mancato funzionamento dei “meccanismi di risoluzione” delle antinomie normative, prevenendole ex ante o superandole ex post*: o perché lo stesso “legislatore” ha formulato una ipotesi di reato in termini, di per sé, “ambigui” (violando così il suo dovere di “chiarezza” nella descrizione dei fatti di reato); ovvero perché esistono gravi e rilevanti oscillazioni giurisprudenziali nell’interpretazione dello stesso testo di legge, senza, quindi, che si sia potuta formare una c.d. giurisprudenza “consolidata” (e ciò o per il mancato funzionamento nel caso specifico della funzione “nomofilattica” della Cassazione o, comunque, per il mancato adeguamento alla giurisprudenza della Suprema Corte da parte dei giudici inferiori); o, infine, anche per errate informazioni sulla portata di una legge da parte di pubbliche autorità. “*Scusabilità dell’ignoranza “inevitabile” della legge penale da vedersi quindi, in sostanza, come vera e propria “sanzione” per l’“inadempimento”, da parte dello Stato, dei suoi “doveri istituzionali” di “chiarezza” - e quindi di “correttezza” e “buona fede” nei rapporti coi cittadini - incumbenti su tutti i suoi “organi”*: in particolare, nel caso degli organi “legislativi”, per l’inadempimento del dovere di garantire il rispetto dei principi di “tassatività” e “determinatezza” delle incriminazioni; nel caso degli organi “giurisdizionali”, per la violazione del dovere di assicurare, il più possibile, l’“uniforme” applicazione del diritto, condizione di garanzia, a sua volta, del principio di “uguaglianza” dei destinatari della legge; nel caso degli organi “esecutivi”, per la violazione del dovere di garantire l’“affidamento” dei consociati di fronte a “risposte ufficiali” delle amministrazioni pubbliche, una volta “interpellate” (essendo evidentemente qualunque richiesta di informazioni uno dei modi con cui i cittadini adempiono al loro dovere di prendere conoscenza del contenuto della “legge”, o, *rectius*, di come verrà prevedibilmente applicata). “Principi” - la cui “garanzia” costituisce il “contenuto” di altrettanti “doveri istituzionali” dello Stato - tutti, si noti, prima che giuridici, fondativi dello stesso “patto politico costituzionale” (il vecchio “contratto sociale”).

Si consideri, in particolare, che, se effettivamente la Cassazione svolgesse correttamente la sua funzione “nomofilattica” e i giudici inferiori si adeguassero

alla sua interpretazione, si potrebbe concludere che *al "rischio penale" del cittadino* di vedersi applicata retroattivamente la norma incriminatrice (nel momento della decisione giudiziale) *corrisponderebbe*, uguale e contrario a carico dello Stato, *il "rischio di annullamento" che graverebbe sulla sentenza del giudice* (di merito) quando l'interpretazione da lui data di un certo testo normativo superasse i normali limiti di "tollerabilità" (politica e di giustizia), tale da rendere "scusabile" l'ignoranza di violare la "legge" penale. In questo senso, ci sarebbe una "ragionevole aspettativa" da parte dei consociati.

L'*error iuris* è infatti, a ben vedere, un problema non di "validità" della norma - tutte le "norme" create da tutti i giudici sono "valide", e quindi "esistenti", in quanto effettivamente "vincolanti"¹¹⁷ -, *ma di "efficacia" della "norma"*¹¹⁸. Il che spiegherebbe - nella mia prospettiva - come *una norma in sé "valida" possa essere "inefficace"* (e quindi precludere la punibilità dell'agente) se non conoscibile *in concreto* dal suo destinatario (a causa, ad es., di un mutamento - profondo - della "interpretazione" giurisprudenziale). Il *problema* sta però, ancora una volta, nel fatto che comunque - nonostante ciò che dovrebbe discendere pacificamente alla luce di un corretto rapporto Stato-cittadino e tenendo conto dei "limiti" politici di garanzia delle libertà fondamentali dei consociati rispetto allo *ius puniendi* dello Stato - *alla fine è sempre il giudice a stabilire, in concreto, se siamo o no in presenza di un "aspettativa di norma" ragionevole o meno e quindi a "decidere" sulla scusabilità o inescusabilità dell'ignoranza della legge penale*: in ultima analisi, dunque, sulla liceità o illiceità del fatto commesso (meglio: sulla sua concreta non punibilità o punibilità).

Detto altrimenti, tutto sta, ancora una volta, nelle mani esclusive del giudice, *sulla base di una sua decisione "incontrollabile" alla stregua di parametri realmente "oggettivi"* (oltre che ad opera di organi "esterni" alla stessa corporazione giudiziaria), e quindi sostanzialmente "arbitraria". Ciò anche perché lo stesso riferimento (per stabilire la scusabilità o meno dell'ignoranza della legge penale) al parametro dell'uomo medio *eiusdem conditionis* si risolve, di fatto, nel ricorso ad una "figura retorica" di *homunculus* la cui concreta individuazione è affidata, caso per caso, allo stesso giudice, e che, il più delle

¹¹⁷ Sulla assoluta "parità" di tutte - indistintamente - le norme di creazione giurisprudenziale vedi *supra*, nota 95.

¹¹⁸ Dogmaticamente, detta "*inefficacia*" della norma per *error iuris* inevitabile sarebbe un "limite" alla "vincolatività", in concreto, della norma giudiziale; in una parola, un *elemento "negativo" della norma*. Tutte le norme giudiziali, in quanto tali, sono *in astratto* (o meglio, in generale) giuridicamente rilevanti in quanto obbligatorie-vincolanti; ma tale astratta vincolatività può, *nel caso concreto*, venire meno se c'è, da parte del suo destinatario, un *error iuris* riconosciuto, sempre dal giudice, come "scusabile" (da valere quindi come "limite di efficacia" della norma).

volte, rappresenta la “formula” attraverso cui “filtrano” le valutazioni “assiologiche” dell’organo giudicante (specie nella concreta comparazione tra gli interessi in gioco), risolvendosi quindi palesemente in una *tautologia*.

Alla fine, cioè, l’“ultima parola”, quella definitiva, sul *se* scusare o meno l’autore di un fatto per avere ignorato di commettere un reato ritorna sempre al giudice: il che significa che *tutti i meccanismi di garanzia del cittadino - “interni” alla corporazione giudiziaria - che un ordinamento può predisporre operano, di fatto, solo se e nella misura in cui il giudice intende “uniformarsi” a questi stessi meccanismi.*

Ciò esclude, com’è ovvio, il valore “assoluto” del *principio di “certezza”* del diritto, che, essendo praticamente inattuabile, finisce per l’apparire dunque per quello che è in realtà, ossia *un’aspirazione solo “ideologica” e quindi, in ultima analisi, “politica”*. Nell’applicazione della “norma” da parte del giudice abbiamo, a ben vedere, solo la *“giustizia del caso concreto”*, tollerabile *politicamente* finché si mantenga nei limiti di un “arco di soluzioni” “sentite” come politicamente “accettabili” in quel momento storico. È questa, a mio parere, la *“nuova frontiera” del principio di “certezza”*, da intendere, realisticamente, solo come *“ragionevole possibilità di rappresentazione di una norma”* da parte del suo - potenziale - destinatario. “Ragionevole prevedibilità” del risultato dell’interpretazione giudiziale che, non a caso, è stato individuato dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia UE come uno dei requisiti di riconoscimento della norma penale.

Altrimenti, c’è - come abbiamo visto - la “valvola di sicurezza” della scusabilità dell’*ignorantia legis*, che è lo strumento offerto dall’ordinamento per “coprire” gli “scarti” più intollerabili tra la ragionevole possibilità di rappresentazione da parte del destinatario della regola di condotta (= norma) a lui applicabile e quel “senso di giustizia del caso concreto” che, nel momento della decisione, orienta il giudice, ma che lo stesso giudice ritiene avere sostanzialmente *già* orientato (*rectius*: potuto orientare) la persona sottoposta al suo giudizio. Se, tra la “normazione” che “appariva” essere (nel senso di essere “sentita” prima della commissione del fatto come) “giusta” da parte di un uomo medio *eiusdem condicionis* e quella che è “sentita” ancora come “giusta” dal giudice al momento del giudizio, c’è uno “scarto” intollerabile, il giudice ha la possibilità di ricorrere alla valvola di sicurezza dell’*ignorantia legis* scusabile. Valvola di sicurezza, tuttavia, utilizzabile dal giudice *solo nei limiti in cui ritenga politicamente opportuno utilizzarla*.

Ciononostante, credo si debba ritenere che - pur essendo forse un semplice “mito” - la “certezza” del diritto sia una istanza politica e di “giustizia” comunque da perseguire, al livello massimo possibile (magari attraverso

l'obiettivo della massima "stabilizzazione" possibile delle norme giudiziarie!), non solo in semplice funzione di "garanzia" del cittadino (che è comunque il suo "fine ultimo") ma in quanto "coessenziale" alla "idea" stessa di "ordinamento", come sistema "ordinato" di regole, per cui non può esistere logicamente alcun ordinamento giuridico senza una "normale" - nel senso di: entro certi limiti "ragionevoli" di "tollerabilità" - "prevedibilità"¹¹⁹ di comportamenti "uniformi" da parte, anzitutto, delle Istituzioni (*in primis*, i giudici).

15. Valore "politico" delle "scelte" del giudice e conseguenze sul piano della "legittimazione democratica" della sua attività "interpretativa"

Se l'"interpretazione" della "legge" non è vista di solito - almeno a livello di "declamazioni" - come vera e propria "attività creativa" del diritto (anzi, nel diritto penale, l'unica vera fonte di norme), ciò è dovuto, a mio avviso, alla circostanza che, almeno nella maggior parte dei casi, il giudice "*sembra*" applicare la "legge" (scritta). Il che avviene però quando le sue "valutazioni" - come accade di regola ancora oggi - si muovano sostanzialmente lungo la stessa linea "politica" di "valori" del c.d. "legislatore" (cioè di chi, in democrazia, detiene temporaneamente la maggioranza politica), ossia laddove esista una sostanziale affinità "culturale" e "ideologica" del "ceto giudiziario" col "ceto politico" nel loro complesso.

A ben vedere, tuttavia, la stessa ricerca dell'"intenzione" politica del "legislatore" storico non sempre è, addirittura, teoricamente ipotizzabile o comunque tale da portare, in pratica, ad una sua sicura identificazione. Ciò è infatti possibile, al massimo, solo per le "leggi" più recenti. Senza contare a sua volta come le "leggi" nascano per lo più da "compromessi" tra diverse (o addirittura opposte) istanze politiche, per cui la loro formulazione è sempre più spesso di difficile "lettura" se non volutamente "ambigua", tale da dare a tutti la possibilità di "interpretarle" secondo la visione politica di ciascuno¹²⁰; così

¹¹⁹ Ciò non significa, ovviamente, che anche il suo contrario, la "imprevedibilità", deve ritenersi politicamente "tollerabile" sempre che si mantenga entro certi limiti "ragionevoli". La "prevedibilità" secondo la figura "ideale" dell'uomo "medio" *eiusdem condicionis* è infatti, comunque, il *limite invalicabile* per potersi parlare di ignoranza "evitabile" e quindi "inescusabile" - in una parola: "colpevole" - della norma da parte del suo destinatario: la "tollerabilità" contribuisce infatti solo ad identificare la c.d. "normale prevedibilità" (*rectius*: "predicibilità") delle decisioni giudiziarie e quindi delle "norme" che si applicheranno.

¹²⁰ A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen*, cit., 336-337. Nello stesso senso, sostanzialmente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 90, che utilizza anzitutto questo argomento per giustificare la sua posizione a favore della teoria "oggettiva" dell'interpretazione (*supra*, nota 60).

perdendosi di vista, però, ciò che dovrebbe costituire la “ragione” stessa della “legge”, ossia la necessaria “generalità” e “astrattezza”, garanzia dell’“uguaglianza” di trattamento dei cittadini.

Quando però si tratta di “atti normativi” vecchi o vecchissimi, *in re ipsa* non più rispondenti al mutato “contesto sociale”, l’individuazione della “norma” concretamente applicabile è *inevitabilmente rimessa solo al giudice*; il che viene anche legittimato, dal punto di vista teorico, attraverso il ricorso alla – intrinsecamente ambigua – interpretazione c.d. “evolutiva” (*supra*, § 8), con la quale si prende atto che la “legge scritta” non è più, di per sé, in grado di esprimere alcun contenuto normativo politicamente soddisfacente in quel certo contesto sociale, onde la “scelta politica” è rimandata senz’altro al giudice.

In altri termini, l’interpretazione “evolutiva” è una ulteriore prova che l’unica vera “norma” è quella “giudiziale”. Tant’è che il “legislatore”, quando vuole “adeguare” una “legge” alle mutate esigenze della società (magari, proprio per respingere, politicamente, una certa “interpretazione” consolidata della giurisprudenza)¹²¹ utilizza lo strumento tecnico della legge c.d. di “interpretazione autentica”, che non è altro che una “nuova” legge con cui si vuole raggiungere l’obiettivo della “retroattività” della normativa senza farlo figurare formalmente. Con ciò, riconoscendosi però, implicitamente ma chiaramente, che l’“interpretazione” è, sostanzialmente, “creazione” di “nuovo” diritto, che prima non c’era (o non era ancora emerso)¹²².

Se dunque la “individuazione” (ossia, fuor di metafora, la “creazione”) di una “norma”, quale risultato dell’attività interpretativa del giudice, costituisce l’esito – al di là di ogni “finzione” formalistico-positivista – non di una “deduzione logica”, ma di una “valutazione” e quindi di una precisa “scelta” dell’organo giudicante, ne deriva che la “norma”, in quanto *risultato di una opzione “valorativa”*, è per sua natura e essenza *frutto di una “decisione” intrinsecamente “politica”*. Ciò significa, in altre parole, che le sentenze (come sottolineano da tempo i sostenitori del “realismo giuridico” nordamericano)¹²³ poggiano sempre su *decisioni politiche “mascherate”*.

¹²¹ Contrariamente a quanto spesso si dice, ritengo che per le leggi interpretative l’unica *ratio* “oggettiva” sia quella dell’“aggiornamento” della normativa vigente, essendo lo “scopo” – oltretutto meramente eventuale – di superare contrasti interpretativi o un’interpretazione giurisprudenziale “sgradita” solo il “motivo soggettivo” del legislatore storico.

¹²² Senza contare, poi, che la stessa legge di interpretazione autentica da parte del legislatore è, a sua volta, oggetto di interpretazione giudiziale; per cui, ancora una volta, l’ultima parola torna al giudice.

¹²³ Così G. FIANDACA, *Il giudice tra giustizia e democrazia nella società complessa*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 23, che parla di “scetticismo normativo” di certi studiosi statunitensi postmodernisti, da lui tacciati di «posizioni estremistiche».

Il riconoscimento, in una prospettiva “realistica”, che unica effettiva fonte della “norma” penale è l’attività “interpretativa” del giudice appare con maggiore evidenza in periodi storici, come quello attuale, in cui la normativa penale di fonte (apparentemente) “legislativa”, essendo frutto – come detto – di una tendenza spiccatamente “compromissoria”, finisce di fatto con lo “scaricare” sull’autorità giurisdizionale, come conseguenza inevitabile di una mancata “chiarezza” di scelta “politica” del Parlamento¹²⁴, il *compito di “mediare” tra opposte istanze di tutela*, trasferendo quindi integralmente al giudice le vere e proprie scelte di “politica criminale”. Il che, evidentemente, apre la strada alla *c.d. “supplenza” giudiziaria attraverso la c.d. “interpretazione”*, in realtà vera e propria “creazione” del diritto, come conseguenza, anzitutto, dell’ambiguità, e dunque della non “chiarezza”, della legge. E occorre qui ricordare, ancora una volta, come giustamente Beccaria vedeva nella “oscurità” delle leggi la causa – o una delle cause principali – dell’arbitrio giudiziale¹²⁵.

Importante appare a questo punto sottolineare, in particolare, lo stretto parallelismo che intercorre tra la *crisi della “legalità formale”* e la *crisi – politica – del “legislatore”* come *centro di “mediazione” di interessi* e, conseguentemente, come centro della produzione “normativa”. Crisi della legalità, dunque, come *crisi del Parlamento* quale (unico) centro “decisionale” di tipo “democratico” (o, forse, addirittura, crisi della stessa democrazia “rappresentativa”, come la conosciamo: ossia come democrazia “liberale parlamentare”). E, se la legalità “formale” è il “limite politico” della “forza” (cioè, fuor di metafora, della violenza) di chi detiene il “potere punitivo”, non v’è dubbio che, una volta entrata in crisi la legalità formale, la forza, non più limitata, riprende la sua piena espansione; onde il “diritto” è ciò che viene posto – meglio: “imposto” – da chi, nell’attuale contesto storico, ha la “forza politica” di imporsi, ossia i giudici.

Come abbiamo visto, solo per un “pregiudizio” si è, normalmente, ancora portati, specie nel settore penale dell’ordinamento, a “sopravalutare” la “legge”, attribuendole, quasi per una sorta di (retorica) “inversione” concettuale

¹²⁴ Sempre che, addirittura, la mancanza di chiarezza e sufficiente univocità del testo normativo non sia essa stessa *frutto di una precisa scelta del legislatore* di affidare al giudice una “delega” sostanzialmente “in bianco” nella commisurazione concreta della pena o nella stessa individuazione del fatto di reato (aprendo così la strada al noto fenomeno della *c.d. “supplenza giudiziaria”*): si veda, come esempio paradigmatico di questo modello di tecnica legislativa, l’art. 69 c.p., col quale, in presenza di un fatto di reato corredato da circostanze sia aggravanti che attenuanti, viene dato al giudice il potere di operare un giudizio di “comparazione” e, conseguentemente, di “bilanciamento” tra esse praticamente senza limiti effettivi, mancando fra l’altro l’indicazione da parte del legislatore di qualunque criterio in grado di guidare l’esercizio di quel potere.

¹²⁵ *Supra*, § 3.

(parallela, si noti, a quella che, ancora fino ad oggi, porta a confondere la “disposizione” con la “norma”), la “natura” di “vera” (e, soprattutto, unica) “fonte” della “regola”. Pregiudizio che trova, naturalmente, una “giustificazione” – non solo nel “legalismo” di stampo positivistico, figlio diretto della separazione dei poteri, ma anche – nella maggiore “autorità” (sia pure oggi solo formale) della legge, discendente dalla “forma di governo” degli ordinamenti democratici, ossia dalle “norme di organizzazione” del sistema; maggiore autorità “politica” della “legge”, come sancito, formalmente, anche dal principio costituzionale di “*soggezione del giudice alla legge*”²⁶. Essendo però, a loro volta, i principi costituzionali espressione di quelle “norme organizzative” che, effettivamente, solo le “prassi costituzionali” che regolamentano i rapporti tra “poteri” dello Stato contribuiscono ad “enucleare” (ossia a ricavare in via “interpretativa”, sia pure non attraverso il riferimento a segni linguistici, ma attraverso concreti comportamenti che, di fatto, definiscono i *rapporti* tra “poteri”), dette “*norme di organizzazione*” valgono *solo nei limiti in cui rispecchiano i reali rapporti “politici” di “forza”* in grado di assicurarne l’efficacia vincolante.

Detto altrimenti: data l’inevitabilità logica dell’interpretazione giudiziale in funzione della concreta applicazione della legge penale, *spetta sempre, comunque, al singolo giudice* – in quanto titolare esclusivo del potere giurisdizionale con riferimento al caso oggetto di decisione – “*riempire*” di *contenuto il principio di “soggezione alla legge”* (ossia alla “volontà politica” del “popolo sovrano” espressa in un documento scritto) stabilendo *se e in che limiti* dare concreto “significato normativo” a detto “vincolo”, politico ancora prima che giuridico-istituzionale. Il che dipende, evidentemente, dalla “dinamica” degli effettivi rapporti politici di forza tra i diversi “poteri dello Stato” esistenti in un determinato momento storico, ossia dalla c.d. “costituzione materiale”, e dal contesto di valori ideologico-culturali entro i quali si muove in concreto il giudice.

La “soggezione” del “giudice” alle valutazioni “politiche” della “legge” varrà dunque solo nei limiti in cui il potere giudiziario, almeno nel suo complesso, riterrà politicamente “sovraordinato” il Parlamento, in quanto espressivo del c.d. potere legislativo. Ecco quindi che, se ancora oggi il potere giudiziario segue, almeno nei termini generali, le “linee politiche” dettate dalla “legge”, ciò avviene perché i reali “rapporti politici di forza” (che danno vita alla c.d. costituzione “materiale”) sono tali che il “potere giudiziario”, nel suo com-

²⁶ Vedi in questo senso, testualmente, l’art. 101 comma 2 della Costituzione: «I giudici sono soggetti soltanto alla legge».

plesso, continua ad *accettare* la *preminenza* “politica” del Parlamento. Il che spiega come la “legge” sia ancora oggi vista (sia pure in via di mera “finzione” e di ossequio formale) come “preminente” rispetto all’“interpretazione” giudiziale.

Dire che la “norma” è il risultato dell’attività “interpretativa” del giudice non esclude a sua volta che questo risultato possa anche essere, in concreto, corrispondente (o, addirittura, identico) al risultato cui si perverrebbe attraverso una semplice lettura del testo della “legge” da parte di un qualunque interprete non qualificato. In realtà, è solo l’“ideologia” accolta, in un certo momento storico, dall’istituzione “giudiziaria”, considerata nel suo complesso, tenendo conto dei “rapporti politici di forza” con gli altri “poteri”, che determina l’accoglimento di un “tipo” o altro di “metodologia” dell’“interpretazione” attraverso cui “razionalizzare” *ex post* una decisione comunque già presa utilizzando certi “canoni ermeneutici” anziché altri (ad es., passando dal metodo “logico-sistematico”, tradizionale, a quello “teleologico”)¹²⁷, attraverso cui “motivare” (ossia “giustificare” davanti ad un’istanza politica riconosciuta superiore, almeno formalmente: re, popolo, ecc.) la propria decisione. *Il giudice cioè “prima” decide e “poi” giustifica la sua decisione attraverso “processi argomentativi” il più possibile “razionalmente plausibili”*¹²⁸.

Ovvio quindi che, se il giudice decide, *politicamente*, di rispettare (quantomeno) “formalmente” la “legge”, “rispetto” che è la manifestazione dell’accoglimento (in linea di massima) di una “ideologia legalistica”, quando voglia *in concreto* “discostarsi” dalla “legge” (ossia dalla “volontà politica” da essa, *prima facie*, ricavabile), farà ricorso, per “giustificare” *ex post* una decisione sostanzialmente “eversiva”, a canoni ermeneutici fondati su “finzioni” di formale “ossequio” alla volontà legislativa¹²⁹.

¹²⁷ Su questi diversi metodi dell’interpretazione della legge vedi, per tutti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., 92 ss..

¹²⁸ Ciò evidentemente ai fini dell’adempimento di quell’obbligo di “motivazione” delle sentenze, imposto ormai anche a livello costituzionale (vedi ad es. l’art. 111 comma 6 Cost.), per rendere possibile, fra l’altro, anche il “controllo” dell’“opinione pubblica” sulla decisione. Controllo tuttavia di per sé certamente non sufficiente per garantire la “legittimazione democratica” dell’attività giudiziaria (*infra*, § 17).

¹²⁹ Si noti come la prima “valvola di sicurezza”, in questo senso, è stata proprio l’“interpretazione” dell’enunciato linguistico «intenzione del legislatore» contenuto nelle disposizioni che (come ad es. l’art. 12 Disposizioni sulla legge in generale: *supra*, nota 68) regolano la stessa attività interpretativa, espressione ormai generalmente intesa - in un sistema “formalmente” ancora “legalistico” come quello italiano - non come volontà del “legislatore” storico (ammesso che oggi possa essere ancora esattamente individuata, sia pure con l’ausilio dei lavori preparatori: *supra*, § 15), ma come volontà, astratta, della “legge” (ossia come *ratio legis*: *supra*, note 27 e 60). Ancora, si pensi all’idea della c.d. volontà “presunta” del legislatore, posta a base dell’interpretazione “estensiva-evolutiva” (*supra*, § 8).

Passare da un metodo interpretativo ad un altro è infatti storicamente condizionato, anzitutto, da una “redistribuzione” politica del “potere”¹³⁰, conseguenza di un processo di trasformazione della società in senso “democratico” o “aristocratico”. E non c’è dubbio che attualmente, in molti sistemi giuridici democratico-occidentali, ci sia un processo, in corso, di redistribuzione “politica” del “potere”, evidenziato dalla sempre più profonda “spaccatura” (se non inconciliabilità) tra il potere legislativo-esecutivo da un lato e quello giudiziario dall’altro. E, nella prospettiva dell’effettività degli ordinamenti giuridici, come la storia e l’esperienza giuridica ci insegna, laddove il Parlamento è politicamente debole, tutto si riduce ad assoluto “arbitrio” giudiziario, anche qualora, in ipotesi, le leggi fossero tecnicamente rispettose del principio di stretta legalità-tassatività in quanto formulate in termini il più possibile chiari e verificabili¹³¹. Ciò perché l’“ultima parola” spetta, in ogni caso, alla “corporazione” dei giudici.

Il problema dell’interpretazione giudiziale come *questione di potere* si muove dunque oggi tra i due poli della “*giuridicizzazione/giudizializzazione della politica*”, da intendere come effettiva “subordinazione” della politica e quindi delle scelte del Parlamento contenute nella legge alle scelte “interpretative” giudiziarie (o, peggio, come possibilità di sottoporre indiscriminatamente a processo penale le persone fisiche che hanno la rappresentanza politica del potere legislativo), e della “*politicizzazione della giustizia*”, come finalizzazione e utilizzazione delle decisioni giudiziarie quali strumenti, diretti e immediatamente efficaci, per fare politica, magari secondo valori diversi da quelli accolti dalla maggioranza parlamentare in un certo momento storico, prospettive entrambe da vedere come *patologie* del sistema giuridico¹³².

¹³⁰ P. G. MONATERI, voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sezione Civile, vol. X, Torino, 1993, 4^a ed., 53: «Chi può interpretare un testo ha il *potere* di attribuire un senso a quel testo, e quindi la questione dell’interpretazione è una questione di *potere*» [corsivi dell’Autore]. Si pensi ancora al significato etimologico del lemma *pontifex*: l’interprete della parola di Dio è chi ha il potere, esclusivo, di fare da “ponte” tra l’uomo e Dio; onde l’importanza della “mediazione” dell’interpretazione dei testi sacri nel cattolicesimo e la negazione di essa operata dalla teologia protestante.

¹³¹ Anche coloro che si muovono nell’ottica tradizionale, che vede nella legge la fonte – oltretutto “esclusiva” – delle norme, debbono comunque, alla fine, riconoscere che “stretta legalità” formale e “arbitrio giudiziario” sono, dal punto di vista teorico, termini inversamente proporzionali: tanto più manca l’una tanto più cresce l’incertezza giuridica e, parallelamente, decresce il tasso di garantismo (ossia le garanzie), come conseguenza della crescita dell’arbitrio giudiziario. Sul punto vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., Cap. II, *passim*; Cap. III, *passim*, spec. 147 ss..

¹³² Per una vibrata denuncia della “giudizializzazione” della politica e della “politicizzazione” della giustizia, anche se in una prospettiva parzialmente diversa da quella qui accolta, vedi N. AGUDELO BETANCUR, *Estudio preliminar*, in C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*. Edición 250 años, Medellín, 2014, 249 nota 156; vedi anche 117 nota 51.

16. Le soluzioni politiche adottabili di fronte ai casi di “patologia” nell’interpretazione giudiziaria

In quanto unico attore effettivo del processo di produzione normativa penale¹³³, superata la “finzione” della “neutralità” della sua attività interpretativa come meramente “ricognitiva” del contenuto della “legge” – espressione “normativa” della volontà politica del “sovrano” che, in democrazia, è il “popolo” attraverso i suoi rappresentanti, ossia il Parlamento –, il giudice assume una sicura “connotazione politica”, essendo (logicamente) politica – in quanto legata a “scelte di valore” – la sua attività istituzionale.

Ma – ed è questo il punto fondamentale – ben diversa è la situazione a seconda che il giudice, sempre politicamente, si ponga in un orizzonte ideologico-culturale “collaborativo” col legislatore (ossia si muova lungo la sua stessa linea politica di “valori”), limitandosi ad “adeguare”, in funzione di “concretizzazione” al caso sottoposto al suo esame, le “scelte generali” di politica criminale compiute dalla legge¹³⁴; ovvero, tutt’al contrario, si muova in

¹³³ Possiamo così concludere che, nell’esperienza giuridica penalistica, il “diritto”, che è creato esclusivamente dall’attività interpretativa dei giudici, non può teoricamente più confondersi con la “legge” del Parlamento, contenente una mera “proposta politica” di norma. Così come, conseguentemente, il “*fatto penalmente rilevante come reato*” non è, a differenza di quanto normalmente si ripete, il fatto previsto dalla legge penale ma *quello accertabile e concretamente accertato* (nel senso che la sua esistenza è stata “convenzionalmente” affermata) *attraverso il processo*: M. TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., 652 ss.

¹³⁴ Anche muovendo dall’opinione tradizionale e ancora oggi dominante che la “legge”, da intendere come atto normativo scritto, sia vera – nel senso di “effettiva” – fonte del diritto, non si può comunque negare che l’attività interpretativa del giudice, in quanto necessariamente “specificativa” della “norma di legge” (data anche la “riserva di giurisdizione” in materia penale: vedi ad es. l’art. 13 Cost.), sia, entro questi limiti, comunque “creativa” (o meglio: parzialmente o ulteriormente creativa) della norma applicabile e concretamente applicata (*supra*, nota 34). Infatti la *norma “giudiziaria”*, in quanto *presupposto logico* della decisione (e contenuta nella “motivazione in diritto” della sentenza, in cui assume la forma linguistica di “massima”: *supra*, nota 75) è pur sempre *anch’essa generale e astratta* (avente cioè una “struttura semantica” idonea a funzionare, potenzialmente, per una serie indefinita di casi futuri: *contra* però Kelsen, *supra*, note 54 e 59, che vede nell’interpretazione giudiziale solo una fase specificativa del processo “gerarchico” di produzione del diritto), anche se ad ambito applicativo “ridotto” per effetto della “specificazione” del suo contenuto e quindi secondo un “grado” di generalità e astrattezza diverso, e logicamente “meno ampio”, rispetto a quello proprio della norma di “legge”. Ciò, ripetesì, anche laddove si ritenga, con la dottrina tradizionale, che la norma “giudiziale” venga individuata dal giudice, attraverso l’interpretazione, in via puramente logico-deduttiva in quanto *già contenuta* nella “più ampia” norma di legge. In questa prospettiva, dunque, si deve poi anche ritenere che più la fattispecie “legale” è “aperta” o “indeterminata” (*rectius*: più “generale” e “astratta”) più è “naturale”, logicamente, l’intervento – “creativo” – del giudice in funzione interpretativo-specificativa della legge. Detto altrimenti, anche nella prospettiva della dottrina tradizionale (come è comparativamente dimostrato dai rapporti *statute law-common law*), vi è una correlazione “inversamente proporzionale” tra il grado di “specificazione” delle “leggi” e il grado di “creazione” nell’“interpretazione” da parte del giudice.

un'ottica "antagonista", di "conflitto", col Parlamento - ossia con l'unica istituzione democraticamente legittimata ad esprimere posizioni politiche -, se non addirittura in una logica di vero e proprio "contropotere" politico.

Anche se è ovvio che, in uno Stato democratico e liberale, tutti i poteri e le istituzioni dello Stato dovrebbero - teoricamente! - sempre agire e muoversi in una logica di "condivisione" degli obiettivi politici tracciati da chi legittimamente è autorizzato ad esprimerli secondo ciascuna Costituzione, la realtà appare invece in tutta la sua "crudezza" allorché giudici e legislatori si muovono secondo prospettive diverse. Proprio in una situazione del genere risulta chiaro come le *regulae juris* effettivamente vigenti siano, appunto, quelle "create" dai giudici, e non quelle che il legislatore si attendeva.

Nell'attuale momento storico, la "crisi" si manifesta, in modo nettissimo, proprio perché "legislatore" e "giudici" si fanno ormai, sempre più spesso, portatori di istanze ideologico-politiche tra loro confliggenti (sottolineando una situazione prima "nascosta" sotto il velo "formale" dell'"unità ideologica" tra i vari "poteri" dello Stato); il che evidenzia, in modo clamoroso, come la "realtà" della complessiva "dinamica" giuridica (cioè tanto la "creazione" che la "applicazione" del diritto), in specie penale, sia, di fatto, totalmente in mano al ceto burocratico dei "magistrati" (con la conseguente, sostanziale, inesistenza di un'effettiva separazione dei poteri); e come ormai la figura del "legislatore" appaia, sbiaditamente, come solo una (e, forse, neppure la più importante) delle "istanze politiche" da cui proviene il "materiale" dal quale i giudici traggono (*rectius: possono* trarre) l'effettivo reticolo di "regole", cioè il sistema "giuridico" realmente vigente (ossia "esistente" in quanto effettivamente "vincolante").

Esempio eclatante di quanto stiamo dicendo si ha, ad es., quando il giudice voglia "leggere" qualcosa che, magari, non solo non c'è nella legge (*rectius:* nella volontà politica del legislatore storico), attraverso una interpretazione c.d. *praeter legem*, ma addirittura vada "contro" il chiaro significato semantico delle parole usate nel testo della legge (ossia la sua "lettera"), secondo il loro "senso comune" (ad es., "leggo" 10 quando nella legge c'è scritto 20, andando così contro persino l'inequivocabile significato degli elementi più tassativi ipotizzabili come quelli "quantitativi"), attraverso un'interpretazione addirittura *contra legem*.

Quando la "soluzione" di un simile contrasto tra "aspettativa (politico-legislativa) di norma" e "norma effettiva" - per i motivi più vari, come l'affermarsi di nuovi rapporti politici di forza tra i diversi "poteri" dello Stato - non possa essere già trovata all'"interno" della stessa corporazione giudiziaria in sede di istanze superiori di controllo, neppure attraverso il corretto ope-

rare della funzione “nomofilattica” attribuita alla Corte Suprema e quindi attraverso i meccanismi giuridici formalmente predisposti dall’ordinamento, è evidente che siamo in presenza di una *gravissima “patologia” del sistema, cui neppure i legislatori costituenti hanno probabilmente pensato*, ma che esiste o potrebbe di fatto manifestarsi. Problema dunque squisitamente “politico” che può, di conseguenza, essere risolto solo politicamente.

Ancora più grave è però la situazione qualora i giudici si facciano (più o meno) esplicitamente promotori, autoproclamandosi “interpreti” – magari esclusivi –, di una “morale pubblica” non meglio identificata – posto che in una società democratica e pluralista, per definizione (a differenza di un modello di Stato “etico” di cui la storia recente ci ha fornito drammatici esempi), non ci possono essere idee politiche, ideologie e concezioni morali, che debbono necessariamente essere comuni a tutti i consociati –, facendosi artefici attivi della “moralizzazione” di una società (ritenuta) tendenzialmente “corrotta”, attraverso la “lotta” contro alcune manifestazioni criminali, ma non solo, da loro ritenute moralmente e/o socialmente “intollerabili”; ovvero laddove gli stessi giudici si autodefiniscano “difensori dei diritti” dei più deboli, difesa condotta non secondo una “giusta”, in quanto “corretta” secondo il modo di sentire del legislatore, ossia della maggioranza parlamentare, applicazione della legge, ma secondo una loro “personale” visione politica e ideologica, magari tendente a superare la stessa legge (ossia la volontà del Parlamento), in nome di – ritenute – istanze giuridiche “superiori” (come, ad es., la Costituzione o i Trattati internazionali), liberamente però, a loro volta, da loro stessi “ricostruite” in via “interpretativa”, o di istanze *tout court* “equitative” in senso lato¹³⁵: in una parola, squisitamente ed esclusivamente “politiche”, in quanto

¹³⁵ Si veda l’inizio del Capitolo IV di “*Dei delitti e delle pene*”, dedicato all’*Interpretazione delle leggi*, dove Beccaria sembra rispondere anche alle possibili obiezioni di chi tenta di dare rilevanza, nell’applicazione della legge, ad esigenze di “equità” che si manifesterebbero – come nel passaggio dal Medio Evo e dal Rinascimento all’*Ancien Régime* – quando l’evoluzione storica impone una “ri-attualizzazione” della legge, da interpretare allora secondo le circostanze del presente (c.d. interpretazione “evolutiva”: vedi anche *supra*, § 8); capitolo dove si mettono fra l’altro in un rapporto di tipo squisitamente “utilitaristico” i vantaggi (presunti) e gli svantaggi (molti) di consentire, in questi casi, l’interpretazione. Il che mi sembra evidenziare come Beccaria, ancora una volta, non si muova in una logica “assoluta”, morale, di “bene” o di “male”, ma solo in un’ottica di massima “utilità” per i cittadini: a prescindere infatti dai principi garantistici e dai presupposti, teorici, delle dottrine politiche della divisione dei poteri e della supremazia della legge e da quelli delle teorie contrattualistiche (da cui pure muove), gli “svantaggi” di una “libera interpretazione” sono infatti – ad avviso di Beccaria – superiori ai “vantaggi” che i cittadini potrebbero ricavarne dal punto di vista della “sicurezza” giuridica e quindi della loro libertà “politica”, che sta alla base dell’unione degli uomini in società attraverso il “contratto sociale”. Inoltre, la risposta alle mutate esigenze della società è che queste debbono costituire un incentivo per il legislatore a intervenire (vedi anche, in questo senso, P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi* (1765), cit., 487-488). Sempre secondo Beccaria, dunque, la legittimità di una legge può poggiare

espressioni di “giustizia sostanziale”. “Ideologie politico-criminali”, dietro le quali, in ultima analisi, ci sono “visioni del mondo” “aristocratiche” (meglio: “oligarchiche”) e quindi autoritarie se non decisamente totalitarie¹³⁶.

Anche ammettendo che la “interpretazione” del giudice, laddove questo si muova lungo la stessa “linea” politico-culturale del legislatore, appartenga alla “fisiologia” del sistema, in quanto logicamente imprescindibile di fronte ad un testo scritto di legge, che “vive” solo in quanto “interpretato”, dobbiamo dunque tenere conto anche della c.d. “patologia” del sistema, quando il giudice si muova, viceversa, in un’*ottica politico-culturale “antagonista”* rispetto alle scelte politiche del legislatore, di cui la legge scritta costituisce la “cristallizzazione”.

Fermo comunque che in entrambi i casi l’attività del giudice è senz’altro “creativa” del diritto, una volta squarciato il velo dell’ipocrisia che sta dietro la “finzione” del giudice come mero “applicatore” della legge alla situazione concreta, è soprattutto nei casi che abbiamo definito di “patologia” del sistema penale che il *problema - politico e istituzionale - del “controllo democratico” dell’attività del giudice* viene in evidenza in modo politicamente drammatico. Detto più chiaramente: proprio la possibilità di un “antagonismo” giudiziario rispetto al Parlamento impone di affrontare, politicamente, il *problema della “legittimazione democratica” dell’attività dei giudici*, in particolare del “risultato” della loro attività interpretativa come “creazione” delle uniche norme - almeno penali - effettivamente vigenti.

Ora, siccome la norma penale attraverso la sanzione incide su quel bene fondamentale dell’uomo che è la sua libertà personale (e ciò già nella fase procedimentale-processuale attraverso le misure cautelari custodiali) e prima ancora sulla sua dignità¹³⁷, è evidente come, fondandosi le “scelte” del giudice in

solo sul *consenso attuale* della “società vivente”. Come sottolinea PH. AUDEGEAN, *Codification et interprétation*, cit., 26 ss., spec. 28, per Beccaria, «*Les lois sont donc toujours l’émanation présente de la souveraineté: elles sont toujours actuelles et il n’est nul besoin de les actualiser. [...] Mais le contexte théorique est différent et son but n’est pas ici d’établir le fondement conventionnel et non héréditaire de la souveraineté, mais de nier la légitimité de l’acte herméneutique du juge*».

¹³⁶ Anche oggi, dietro lo schermo “formale” - e di giustificazione “politica” - della “interpretazione” della “legge”, sta in molti casi, in realtà, la ricerca di soluzioni pratiche di “giustizia sostanziale”, fuori ed al di là anche di qualunque tentativo di giustificazione ermeneutica. Sul significato e sulla portata dei modelli “antiformalistici” e “sostanzialistici” nel diritto e nel processo penale vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., spec. 13 ss., 75 ss., e M. TRAPANI, *Considerazioni su verità e metodo nel giudizio penale*, cit., 632 ss.

¹³⁷ Come già sottolineava vigorosamente e incisivamente Carnelutti, la sola sottoposizione a procedimento penale, dato il suo inevitabile effetto di “stigmatizzazione” sociale, rappresenta già di per sé, indipendentemente dal suo esito, una “pena”, sia pure “informale”, per chi lo subisce (F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, vol. I, Roma, 1949, 2^a ed., 48-50).

ordine a una certa “interpretazione” della legge su “valutazioni” inevitabilmente “soggettive” del “contesto” in cui la decisione andrà a cadere, e dunque logicamente “politiche” (anche se “mascherate” dietro la “forma” - *rectius*: la “apparenza” - dell’“applicazione” della “legge”), ne segua la necessità, tutta politica, una volta preso coraggiosamente atto della realtà della “divaricazione” - sempre più frequente - tra le valutazioni del legislatore e quelle della casta giudiziaria (almeno nel suo complesso)¹³⁸, di individuare le *soluzioni* che servano oggi, in un mutato contesto ideologico ma anche politico-istituzionale, a “recuperare” le “ragioni profonde” di quelle istanze politiche di “garanzia” delle libertà fondamentali del cittadino che stanno dietro i “principi”, di ascendenza “illuministica”, di legalità-riserva di legge, tassatività-determinatezza, irretroattività e divieto di analogia¹³⁹. Il *problema*, in altre parole, è allora *come “attualizzare” il significato profondo, e dunque squisitamente “politico”, di quei principi di “garanzia”*.

Come recuperare allora la lezione di “civiltà” di Beccaria? Già sappiamo che Beccaria riteneva indispensabile, anzitutto dal punto di vista politico, stabilire il “divieto dell’interpretazione della legge”, non solo in funzione del rispetto del principio democratico della “divisione dei poteri”, ma soprattutto perché egli era pienamente consapevole che l’“interpretazione” è vera e propria “attività creativa”¹⁴⁰, nel nostro caso del diritto penale; “interpretazione” che pertanto non può, in nome del rispetto delle garanzie, *in primis* di “certezza” e quindi di “parità di trattamento” fra cittadini, essere attribuita al giudice, che, per la stessa “natura” della sua attività, non opera in via generale e astratta *ma solo “individuale” e “concreta”*.

Ora, se “garantismo”, come teoria giuridica (*rectius*: “ideologia penale”), significa porre i principi e le regole che diano “sicurezza” al cittadino di fronte ai rischi - prima che di aggressioni da parte di privati - di “abuso di potere” da parte dello Stato, in particolare nella dimensione specifica del suo “potere

¹³⁸ Come ha giustamente sottolineato Fiandaca, «si assisterebbe ormai a una crisi profonda del monopolio e della funzione orientativa delle leggi penali scritte e, di conseguenza, a un tendenziale predominio del diritto penale giurisprudenziale e del processo» (G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 35).

¹³⁹ Principi definiti da Fiandaca come «principi-tabù del diritto penale» (G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 34), ossia - lessicalmente - “intoccabili”. Il che, paradossalmente rispetto al significato negativo che si vuole dare alla parola “tabù”, è indiscutibilmente vero: detti “principi” debbono infatti essere considerati veramente “intoccabili” non tanto nella “forma” quanto nella loro “sostanza” politica, posto che oggi, evidentemente, persino il più accurato rispetto della forma - una legge tecnicamente perfetta! - non è più in grado di garantire il loro rispetto “sostanziale”.

¹⁴⁰ Ciò specialmente nel momento in cui il giudice-interprete guarda a ciò che il legislatore “*avrebbe fatto*” se si fosse trovato a disciplinare la situazione sottoposta al suo giudizio, e ancora non disciplinata. Sul punto vedi anche Verri, cit. *supra*, § 2, e nota 14.

di punire” (*ius puniendi*)¹⁴¹, è chiaro che una prospettiva che voglia essere oggi realmente garantista non può più nascondersi di fronte agli “abusi” che commette il c.d. potere giudiziario¹⁴². Sono infatti storicamente condizionate le “modalità” attraverso le quali, nel corso del tempo, si manifestano gli “abusi di potere” da parte di organi dello Stato¹⁴³, a seconda della loro “forza” politica; modalità di abuso che a loro volta finiscono per condizionare le diverse risposte “istituzionali” sul piano penale, che vanno quindi diversamente “calibrate” in considerazione dei diversi momenti storici e delle diverse esigenze di tutela delle libertà che di volta in volta vengono in evidenza. “Abusi”, comunque, finora sempre visti – almeno negli ultimi due secoli – dal punto di vista del legislatore o del governo; oggi, viceversa, agli inizi del secolo XXI, la situazione, ben più delicata, è rappresentata proprio dagli “abusi della giurisdizione”: ed è pertanto nei confronti di questo potere che oggi si devono concentrare le preoccupazioni dei “garantisti”.

Ciò che dunque deve interessare, politicamente e istituzionalmente, nell’attuale contesto storico non è tanto la “forma” del c.d. principio di “legalità” (comprensivo di tutte le sue manifestazioni)¹⁴⁴, forma che può essere – a seconda dei diversi momenti storici, dei diversi ordinamenti positivi o dei diversi sistemi giuridici, di *civil law* o *common law* (si pensi alla differenza tra principio di legalità, come noi lo intendiamo, e la *rule of law* anglosassone) – anche notevolmente diversa, e quindi “molteplice”; *ma la “sostanza”, direi “politica”, dello stesso principio*¹⁴⁵, nel senso di strumento fondamentale per

¹⁴¹ Onde la necessità di regole severe e, soprattutto, “intangibili” da parte dell’istituzione penale nel suo complesso (così PH. AUDEGEAN, *Codification et interprétation*, cit., 21).

¹⁴² “Potere giudiziario” da non confondere tuttavia con l’insieme degli organi che esercitano la giurisdizione i quali, nel loro complesso, non sono un “potere” ma un “ordine” (come esplicitamente afferma l’art. 104 comma 1 Cost.), essendo il potere giudiziario o, meglio, “giurisdizionale” un potere “diffuso” tra tutti i giudici.

¹⁴³ Vedi anche PH. AUDEGEAN, *Codification et interprétation*, cit., spec. 27, quando parla dell’indiscutibile “progresso” realizzato con la pratica dell’“arbitrio” giudiziale, secondo le circostanze del caso concreto, in nome dell’“equità”, pratica tipica dell’*Ancien Régime* per superare il sistema delle pene fisse caratteristico del Medio Evo e del Rinascimento: è dunque l’evoluzione storica che finisce col condizionare le diverse risposte “istituzionali” sul piano penale, che vanno quindi diversamente “calibrate” in considerazione delle diverse esigenze di tutela dei diritti di libertà che si manifestano nei diversi contesti storico-politici. Detto altrimenti: se in un certo momento storico il ricorso, ad es., all’“equità” da parte dei giudici appare come uno strumento funzionale ad una maggiore tutela dei cittadini rispetto alla stretta applicazione della “legge” (si pensi, ad es., alle Corti di *equity* nell’Inghilterra del periodo della monarchia assoluta dei Tudor), in altro momento storico, lo stesso riferimento a istanze di “giustizia sostanziale” può divenire, al contrario, sintomo di “arbitrarietà” e di “abuso” del potere.

¹⁴⁴ Riserva assoluta di legge, irretroattività della legge più sfavorevole e retroattività della favorevole, tassatività-determinatezza, chiarezza, divieto di analogia e di interpretazione estensiva, ecc.

¹⁴⁵ Vedi in senso opposto Fiandaca, che parla, addirittura, di «concezione ingenua o mitica del principio di stretta legalità» (G. FIANDACA, *Il giudice tra giustizia e democrazia*, cit., 21).

la “garanzia” dei “diritti inviolabili” dell’uomo (che io preferisco chiamare “diritti naturali”), oggi tanto rilevanti e la cui tutela è “vincolante” non solo costituzionalmente ma anche a livello del diritto internazionale.

Infatti, la “sostanza” del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* serve a “garantire” l’individuo non solo – come comunemente si ripete – contro gli “abusi” del potere esecutivo (sia in sede di attività di normazione, sia, forse soprattutto, in sede di attività della polizia di sicurezza e giudiziaria), ma *contro gli “abusi”, in generale, di qualunque “potere” dello Stato*. Solo negli ultimi anni, a parte rare eccezioni precedenti¹⁴⁶, la dottrina si è soffermata anche sui rapporti tra principio di (stretta) legalità e “abusi” del potere “giudiziario”, denunciandone almeno le manifestazioni più macroscopiche.

Non interessa, almeno in questa sede, analizzare il “perché” le preoccupazioni “garantistiche” della dottrina (ma anche spesso del legislatore) non abbiano (purtroppo assai frequentemente negli ultimi anni) trovato “ascolto” nella c.d. “prassi” giurisprudenziale, che non ha mai cessato di perseguire (l’Italia è a questo proposito un esempio emblematico) un suo proprio, e autonomo, “disegno politico criminale” di fatto fondato su un modello di c.d. legalità penale “sostanziale” tendente a ricavare in via “interpretativa” il *massimo della “punibilità”* dall’interpretazione “teleologico-evolutiva” ed “espansiva” delle fattispecie incriminatrici se non, addirittura, sulla base di una vera e propria cripto-analogia (facendo dire alla “legge” *più* di ciò che discenderebbe alla stregua di una sua stretta interpretazione letterale)¹⁴⁷.

Le cause di questo fenomeno sono senz’altro numerose e le più diverse, non ultimi i rispettivi orizzonti “culturali” e, soprattutto, “ideologici”, spesso assai distanti, tra i rappresentanti del popolo, espressione della sovranità popolare in quanto legittimamente eletti, e i giudici (specie laddove, come nei sistemi di *civil law*, questi ultimi siano solo “funzionari pubblici” appartenenti alla tecnostruttura “burocratica” dello Stato, vincitori al massimo di un pubblico concorso come tutti i pubblici impiegati)¹⁴⁸; diverse culture (che possono essere) compresenti – si noti – anche nell’ambito della stessa magistratura, laddove –

¹⁴⁶ In Italia, si vedano a questo proposito gli apporti fondamentali di Marcello Gallo (a partire dagli anni ’50 del secolo scorso) e di Franco Bricola.

¹⁴⁷ Si veda quanto abbiamo detto *supra*, § 2, a proposito della sottile distinzione, spesso anche negata a livello teorico, tra interpretazione c.d. estensiva e ragionamento analogico. Sottolinea Fiandaca come «parte della dottrina maggioritaria [...] suole rivolgere alla giurisprudenza il rimprovero di utilizzare il metodo d’interpretazione c.d. teleologico soprattutto allo scopo di cavare dalle norme incriminatrici il massimo di punibilità» (G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 52).

¹⁴⁸ Art. 106 comma 1 Cost.: «Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso»; art. 97 comma 3 Cost.: «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge».

come accade in Italia – questa sia, a sua volta, divisa in “correnti” politico-ideologiche. Culture, *Weltanschauungen* o addirittura ideologie diverse, la cui individuazione e analisi spetterà non solo ai giuristi, ma anche – e forse soprattutto – ai politologi, ai filosofi della politica, ai sociologi, agli storici, ecc. (magari anche agli psicologi e agli psichiatri), ossia ad ogni scienziato per quanto di sua specifica competenza tecnica. Analisi, dunque, necessariamente “interdisciplinare” in quanto non strettamente giuridica, ma anzitutto istituzionale e politica.

In questa sede, più semplicemente, occorre guardare non tanto alle “cause” di questo fenomeno quanto al loro “effetto”: ossia alla – ormai empiricamente riconosciuta – esistenza di questa “divaricazione” (apparentemente incolmabile) tra “dottrina” (in larga parte “garantista”) e “giurisprudenza” (“difensivista” e “sostanzialista-efficientista”) e, il che è (forse anche) peggio, tra “giudici” e (classe) “politica”¹⁴⁹. Si tratta cioè di un “fatto”, che, in quanto tale, non è “esorcizzabile” ma solo eventualmente da affrontare con sano realismo, della cui esistenza si deve tuttavia prendere atto già dal punto di vista politico e dei (probabilmente nuovi) rapporti politici di forza tra i diversi “poteri” dello Stato (la c.d. “costituzione materiale”). Anche perché si ricordi che le norme che individuano le specifiche “competenze” dei singoli organi dal punto di vista costituzionale, ossia le *norme c.d. “di organizzazione”*, sono quelle che – avendo come destinatari non i cittadini, ma i poteri dello Stato – non costituiscono frutto di “interpretazione” di enunciati linguistici, ma “vivono” *sulla base delle “prassi” (costituzionali)*: detto più chiaramente, *sulla base degli effettivi rapporti politici di forza*.

La domanda che però a questo punto si impone è: fino a dove può spingersi, specie nei casi più delicati, la – inevitabile – «politicità» dell’interpretazione del giudice senza violare il “senso” politico-garantistico della riserva (assoluta!) di “legge” e il principio della “divisione dei poteri”¹⁵⁰? Ovvero: come si pone oggi la “legalità penale” nell’ambito di un (nuovo) equilibrio fra i poteri dello Stato?

Mi sembra che, guardando con realismo la situazione, che è di valenza squisitamente politica (meglio: di mutamento dei rapporti politici di forza tra poteri

¹⁴⁹ Espressione anche di una divaricazione tra politica e ciò che oggi, comunemente secondo il gergo giornalistico-politico, si chiama “società civile”, che poi è solo un termine per individuare una parte, spesso minoritaria ma rumorosa, della collettività; “minoranza” delle cui istanze politiche, altrimenti minoritarie, magari la magistratura, come corpo, si fa portatrice, ma fuori evidentemente di qualunque schema democratico.

¹⁵⁰ È questa la domanda che si pone, ma per arrivare a conclusioni sostanzialmente opposte a quelle qui sostenute, anche G. FIANDACA, *La legalità penale negli equilibri del sistema politico-costituzionale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, cit., 8.

dello Stato, ossia di c.d. costituzione “materiale”; situazione che dunque va valutata solo politicamente), occorre onestamente, e quindi al di fuori di ogni ipocrisia, concludere che – utilizzando gli attuali “rimedi” offerti dalle costituzioni “formali”, *tutti “interni” alla stessa organizzazione giudiziaria*, come in primo luogo il potere “nomofilattico” della Cassazione – *non c’è alcuna possibilità di limitare, effettivamente, il potere c.d. di “interpretazione” della magistratura*, che – in quanto “normativo” *tout court* – diventa così senz’altro, tecnicamente (o più esattamente), “arbitrio” (così come paventava Beccaria, che appunto per questo affermava il divieto di qualunque interpretazione della legge): arbitrio che si manifesta quando l’esercizio di un qualunque potere non è *di fatto* realmente limitabile e quindi, al di là di ogni “finzione tecnica”, non necessita di alcuna “motivazione” *reale* a “giustificazione” del suo esercizio (risolvendosi sostanzialmente la motivazione in una *pseudo-motivazione* in quanto, seppure controllabile, lo è tuttavia sempre solo *all’interno* della stessa corporazione giudiziaria, oltretutto esclusivamente nei casi estremi di “illogicità”). Ciò perché non esistono, nei vigenti sistemi di *civil law*, meccanismi di controllo sull’“interpretazione” giudiziale, e quindi anche sul rispetto di eventuali “limiti” costituzionali alla stessa interpretazione giudiziaria (nei rapporti tra poteri), affidati ad organi “estranei” alla magistratura; meccanismi, reali ed effettivi, di *checks and balances* sul piano politico-istituzionale, che permettano, in una parola, di “vivificare” di contenuto l’antico brocardo *Quis custodiet custodes?*

Paradossalmente infatti quelli che sono oggi, spregiativamente (da molti), definiti i “miti” illuministici – fra i quali, in particolare, la “separazione dei poteri” e la “soggezione dei giudici soltanto alla legge” – valgono, di fatto, nella concreta esperienza giuridica in maniera “monca” e unilaterale, in quanto invocati dai magistrati solo in funzione “antigarantista” per ribadire che nessuno può “interferire”, neppure nei casi di abusi politicamente più gravi, nell’attività dei giudici (al di fuori, ripetesi, dei meccanismi di controllo “interni” alla stessa “casta” giudiziaria). Dimenticando però che l’origine “storica” di questi principi va viceversa individuata proprio come “reazione” di fronte agli abusi del potere esecutivo ma soprattutto giudiziario nel periodo dell’*Ancien Régime*.

Si pone allora con urgenza il problema di individuare gli “strumenti” utili per prevenire (e reprimere) simili arbitri, superando le “patologie” del sistema. A parte, come abbiamo visto, i meccanismi “interni” alla stessa organizzazione giudiziaria (come il potere “nomofilattico” della Cassazione che, quando annulla con rinvio, pone il “principio di diritto” “vincolante” per il giudice del rinvio; potere nomofilattico da cui discende, in generale, il valore “vincolan-

te”, anche se solo in via “di fatto”, del “precedente” come contenuto nelle “massime”¹⁵¹: unici “vincoli” - politicamente - accettati dalla corporazione giudiziaria, almeno nel suo complesso), la vera difficoltà si pone, in pratica, quando detti strumenti si rivelino (o possano rivelarsi), di per sé, insufficienti; il che si verifica quando la “cultura” complessiva della “corporazione” giudiziale (in una parola: la sua “ideologia penale”) non sia “liberale” (*rectius*: “sensibile” nei confronti delle libertà fondamentali; in una parola: “garantista”), andando quindi “contro” le stesse “aspettative normative” del legislatore, ossia la volontà politica manifestata in un certo momento storico dalla maggioranza del popolo sovrano.

Le risposte dell’ordinamento non possono allora che riguardare anzitutto i meccanismi di reclutamento dei magistrati ma, soprattutto, il “controllo” sul loro operato¹⁵². *Si tratta, come è evidente, di un delicatissimo problema politico che, in quanto tale, non può che essere risolto politicamente.* Nulla infatti può mai garantire il cittadino dagli arbitri giudiziari, laddove la “corporazione” dei giudici non accetti alcun “limite esterno” al suo potere di “interpretazione”. Onde l’ineluttabilità, “politica”, di altre soluzioni.

17. Gli strumenti teoricamente ipotizzabili e politicamente utilizzabili funzionali a garantire la “legittimazione democratica” delle norme giudiziarie

Come evitare allora gli esiti arbitrari sempre potenzialmente connessi al “soggettivismo interpretativo” del giudice? Come conciliare, in altri termini, la inevitabile “politicità” di qualunque “scelta” interpretativa con la totale “irresponsabilità politica” del giudice (almeno nei sistemi di *civil law*)? In questa ottica, assolutamente necessario e urgente appare, oggi, il “recupero” del

¹⁵¹ Vedi sul punto A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, cit., 84 ss.. Si ricordi tuttavia come le stesse “massime” (contenute nella “motivazione” delle sentenze della Cassazione come di qualunque altro giudice), in quanto testi scritti, siano comunque, a loro volta, oggetto di interpretazione ad opera dei giudici successivi, come parte del “materiale normativo” di cui possono disporre ai fini della decisione (vedi *supra*, § 9, e nota 75).

¹⁵² Non può viceversa essere realmente utile allo scopo il ricorso al sistema delle sanzioni disciplinari. Non solo queste colpiscono solo l’autore dell’abuso, non toccando però, di per sé, la validità della sua sentenza, anche se “abnorme” alla stregua di una “ragionevole” “aspettativa di norma” contenuta nella legge (non fungendo quindi in alcun modo da garanzia diretta per il cittadino); ma, come accade spesso nei sistemi di *civil law*, essendo l’organo competente per l’applicazione di sanzioni disciplinari contro magistrati, in genere, un Consiglio Superiore della Magistratura, composto - almeno in Italia - a maggioranza da appartenenti allo stesso ordine giudiziario, ne segue come anche la c.d. giustizia disciplinare si risolve in un modello di “*autodichía*”, e dunque nella sostanziale inesistenza di un effettivo controllo che sarebbe, in ultima analisi, rimesso nelle mani degli stessi controllati.

“senso politico-garantistico” della posizione di Beccaria contro l’interpretazione, “invertendo” però i termini del problema: se infatti per Beccaria l’interpretazione della legge, in quanto vera e propria attività “creativa” del diritto, andava senz’altro vietata in nome di una assoluta “separazione dei poteri”, una volta riconosciuta viceversa la sua “logica ineliminabilità” di fronte ad un dato “oggettivo” a contenuto normativo, *in primis* un “testo” di legge, ne consegue, da un lato, l’impossibilità – logica prima che politica – di vietarla, ma, dall’altro, l’inaccettabilità, sul piano politico di tutela delle garanzie individuali, di abbandonarsi alla speranza di un *self-restraint* dei giudici, appellandosi alla loro “deontologia” professionale¹⁵³, continuando a “cullarsi” nell’“illusione” – eguale e contraria all’“illusione illuministica” del giudice mera “bocca della legge” – che basti una “buona” legge nella sua fattura legislativa-parlamentare, “chiara” e “sufficientemente determinata”, per “garantire”, il più possibile, la libertà degli individui¹⁵⁴. Parlare di “auto contenimento” come “autocontrollo” del giudice nell’interpretazione della legge significa infatti, alla fine, rimettere tutto, ancora una volta, sempre nelle mani del giudice e alla sua “buona volontà”, direi meglio, fuor di giri di parole: alla sua “*lealtà politica*” verso la legge scritta, espressione della volontà del popolo sovrano¹⁵⁵. Tutt’al contrario, preso atto della realtà, l’unica strada per uscire da questo *impasse* consiste allora nell’individuare, con coraggio, i *possibili “meccanismi”*, teoricamente ipotizzabili, *idonei a garantire, istituzionalmente, la “legittimazione democratica” di qualunque potere (rectius: dell’esercizio di qualunque potere)*, e quindi anche del “potere giudiziario”¹⁵⁶, ossia, in ultima ana-

¹⁵³ Come l’esperienza italiana degli ultimi anni ha ampiamente e definitivamente dimostrato, a nulla valgono infatti, nella realtà concreta, i “richiami” alla “deontologia” professionale dei magistrati per ribadire, quasi come un disco rotto, che i giudici debbono non solo “essere”, ma anche, prima ancora, “apparire” terzi e imparziali. Appelli tanto più numerosi negli ultimi tempi quanto ovviamente inascoltati da chi non può essere comunque “giudicato” se non da appartenenti alla sua stessa corporazione, in nome di una assoluta “indipendenza”, consapevole quindi di poter fare ciò che vuole (*rectius*: ciò che è consentito, e fin dove è consentito, nell’ambito della corporazione), novello “sovrano assoluto” in quanto *superiorem non recognoscens*. Si tratta, come è evidente, di una nuova “illusione”, come “illusione” era quella degli Illuministi del giudice mera “bocca della legge”.

¹⁵⁴ È questa, mi sembra, viceversa la posizione di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., Capp. I, II, III, *passim*.

¹⁵⁵ In un sistema realmente democratico infatti la legge, anche se espressione di una maggioranza, quando viene approvata dovrebbe, politicamente e istituzionalmente, vincolare tutti, anche i dissenzienti: perché questa è l’essenza della “democrazia” la cui unica, vera, regola è data dal principio di “maggioranza”; nozioni elementari, che è però necessario oggi più che mai ribadire. Sul reale significato e valore, politico e giuridico, del principio di maggioranza vedi le sintetiche ma illuminanti considerazioni di M. GALLO, *Il principio di maggioranza*, in ID., *Moralité*, Quaderni di Critica del diritto n. 9, Napoli, 2011, 23 ss.

¹⁵⁶ Legittimazione democratica dell’esercizio del potere giurisdizionale, ma anche di quello degli organi della pubblica accusa, laddove, come in Italia, si sostiene la loro autonomia e indipendenza assoluta, al

lisi, la “sovranità popolare” anche e soprattutto in materia di “tutele” delle libertà fondamentali¹⁵⁷; in particolare, per stabilire fino a che punto il “rischio

pari dei giudici, persino contro quanto espressamente e formalmente stabilito dalla Costituzione (vedi art. 107 comma 4 Cost., secondo cui «Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario», ossia da una legge ordinaria; a differenza del giudice, chiamato - non a caso - dallo stesso art. 107 “magistrato”, segno dell'identificazione tra le due figure, che gode viceversa delle garanzie, molto più pregnanti, stabilite dalla stessa Costituzione: sul punto vedi M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia? Gestione della politica criminale e ruolo della pubblica accusa nella riforma del sistema penale*, in *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 275 ss., *passim*). Il problema non si pone viceversa in tutti quegli ordinamenti che, direttamente o indirettamente, riconducono la pubblica accusa, ossia le sue “scelte di incriminazione” in concreto e quindi di “gestione” della politica criminale, sotto il “controllo” di un potere direttamente o indirettamente legittimato democraticamente, ossia il legislativo (nei governi “parlamentari”) o anche l'esecutivo (nei governi “presidenziali”). Sul punto vedi anche *infra*, nota 161.

¹⁵⁷ Si noti invece la pericolosità politica di queste affermazioni di G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit., 37: «Anche nell'ambito del diritto penale hanno fatto ormai il loro tempo sia il vecchio ideale illuministico del giudice “bocca della legge”, sia la concezione vetero-positivistica che pretendeva di basare l'applicazione della legge penale su di un sapere puramente sillogistico-deduttivo ancorato alla sola logica rigorosa dei giuristi. [...] La inevitabile interazione tra fattispecie astratta e fattispecie concreta, e il connesso profilarsi di un processo circolare o a spirale tra norma e caso, accentuano la discrezionalità valutativa dell'interprete e l'incidenza dei fattori extratestuali o di contesto. In questo senso giocano un ruolo le vedute personali dell'interprete, i suoi pregiudizi, la sua concezione politico-ideologica [*sic!*], la preoccupazione per le conseguenze che la decisione può provocare sulla realtà esterna o sullo stesso reo, le aspettative dell'ambiente o di alcuni gruppi sociali [*sic!*], l'andamento contingente dei rapporti tra i diversi soggetti istituzionali [*sic!*], ecc. - tutti quei fattori, insomma, riconducibili alla categoria-base della c.d. precomprensione di origine gadameriana e, ancor prima, heideggeriana». Sempre Fiandaca, dopo aver ricordato il passo di Hans Georg Gadamer in *Verità e metodo* (trad. it. a cura di G. Vattimo, Milano, 1972, 382) sull'ermeneutica giuridica («Il compito dell'interpretazione è la concretizzazione della legge nel caso particolare, cioè l'applicazione») conclude: «Orbene: nel presente momento storico cosa vuol dire perfezionare creativamente la legge penale, assumendo pur sempre come orizzonte e vincolo la legge scritta? La stessa teoria ermeneutica ci suggerisce che il vincolo del giudice alla legge penale è sottoposto anch'esso a mediazioni interpretative, e che queste mediazioni sono di volta in volta condizionate dal “contesto”: contesto costituito - a sua volta - dall'assetto costituzionale dei poteri e dalla cosiddetta costituzione materiale [*sic!*] [cioè, dico io, dai rapporti politici di forza, anche se extracostituzionali, in quanto situazioni di fatto e non giuridiche secondo le “forme” della Costituzione], dai testi normativi vigenti, dalle fenomenologie criminali da fronteggiare, dagli orientamenti della prassi giudiziaria e dalle culture e ideologie compresenti nell'universo magistratuale [*sic!*], dallo stato della dogmatica giuridica di matrice accademica e dalle commesse ideologiche degli scienziati del diritto, dalle tendenze politiche e dalle aspettative sociali del momento [*sic!*] (a loro volta, come oggi quasi sempre accade, frammentate in senso pluralistico) [il che significa allora che il principio politico di “maggioranza”, fondamentale in una democrazia rappresentativa di stampo liberale, non avrebbe più alcun ruolo attivo da svolgere! Qui viene teorizzato, nella peggiore delle prospettive, quella penale, una sorta di diritto di “veto” delle minoranze o, peggio, un loro predominio non per la via “istituzionale” del gioco parlamentare, diventando cioè maggioranze, ma attraverso l'uso - eversivo - della “sentenza” come strumento, usato politicamente contro la maggioranza, da parte di un potere non espressione della sovranità popolare!], dalle mode culturali generali e - infine, ma non per importanza - dalle contingenti logiche di funzionamento del circuito mediatico [*sic!*]. Da questo punto di vista, l'obiettivo della legalità penale, concepita in senso conforme alla funzione-guida teoricamente [*sic!*] spettante alle leggi scritte, si prospetta come impresa collettiva [*sic!*] complessa e articolata, la cui

penale” inevitabilmente connesso alla “predicibilità” delle decisioni giudiziarie può ricadere sul – potenziale – destinatario della “norma”.

Un primo profilo di intervento attiene, a monte, al *sistema di “reclutamento”* dei magistrati. Fermo, ovviamente, che i giudici (considerati come persone fisiche) non possono essere nominati dal Parlamento o dal Governo (perché, se così fosse, verrebbe meno la loro “indipendenza” e, conseguentemente, la separazione dei poteri)¹⁵⁸, di regola – almeno nei sistemi di *civil law* – il loro reclutamento avviene, come per tutti gli impiegati dello Stato, attraverso concorsi pubblici. Proprio però per garantire, il più possibile, una interpretazione delle leggi non distonica (se non addirittura eversiva, nel senso etimologico del termine) rispetto alle proposte politiche del Parlamento, detti concorsi non possono più esaurirsi in verifiche sulla sola preparazione tecnico-giuridica dei giudici (da effettuarsi non solo sugli aspiranti magistrati, ma anche periodicamente su quelli già in servizio); data infatti la delicatezza della

realizzazione e successo dipendono dal fatto che ciascuno dei *partners* coinvolti riesca a fare adeguatamente la sua parte» (*ibidem*, 62). Tant'è che, fra le «condizioni ideali di contesto», lo stesso Fiandaca (*ibidem*, 63) fa riferimento alla «“cultura del limite” o dell'autocontenimento» da parte dei magistrati: ossia a qualcosa rimesso, sostanzialmente e alla fine, al loro “buon cuore”, intelligenza, e spirito di buona volontà.

Quadro crudamente realistico, dunque, questo tracciato da Fiandaca, delle effettive dinamiche dell'attuale esperienza penalistica in Italia, ma assolutamente inaccettabile nelle conclusioni, anzitutto politiche, prima ancora che giuridiche: quelle secondo cui il diritto penale dovrebbe ormai essere considerato opera “collettiva” di vari soggetti (più o meno) istituzionali, cui parteciperebbe con un ruolo di primaria importanza la magistratura, *dove si distinguerebbe tra “diritto” e “legge” penale*, quest'ultima solo una – e neppure la più importante – delle possibili fonti del sistema penale. Ma allora, stando così le cose, dove sta la “primazia” della “sovranità popolare” espressa dalle leggi del Parlamento? Tutto, alla fine, si riduce – appunto – a ciò che, di volta in volta, ritiene nel suo assoluto “arbitrio” il giudice (anche se, magari, attua in modo formalmente “razionale” nei passaggi argomentativi che lo portano alla decisione; ma, com'è ovvio, si tratta alla fine di una *pseudo-motivazione di conformità alla legge*, e quindi di un vero e proprio “ragionamento in circolo”, dal momento che è pur sempre lui a stabilire la “premessa maggiore” del ragionamento sillogistico, ossia la “norma” da applicare al caso concreto sottoposto al suo giudizio), con buona pace – nonostante la “finzione” della sua affermazione “formale” – di qualsiasi “vincolo” giuridico (nell'ordinamento costituzionale italiano, addirittura qualificato come “soggezione”!) costituito dalla “legge” del Parlamento. In realtà, qui si fa strada un altro modello (tecnicamente: un'altra “forma”) di “governo”: quello “aristocratico” (meglio: “oligarchico”) di cui sarebbe titolare una nuova *élite* burocratica, autopoietica e autoreferenziale. Conclusione assolutamente inaccettabile dal punto di vista politico, laddove, tutt'al contrario, ci si voglia muovere in una prospettiva realmente democratica di sovranità popolare rappresentativa, proprio perché ai soggetti diversi dal legislatore mancherebbe qualsiasi “legittimazione democratica”, così come alla loro attività. Le mie conclusioni si collocano agli antipodi: preso atto della realtà, si tratta di fondare il vero (in quanto effettivo) “potere normativo penale” (quello giudiziale) su istanze di “controllo” realmente “democratiche” che lo “legittimino” politicamente.

¹⁵⁸ Sul modo di intendere, in una corretta prospettiva di *checks and balances*, il principio della separazione dei poteri in un sistema costituzionale che veda come suo fondamento “effettivo”, e non solo “declamato”, la sovranità popolare vedi *infra*, § 18.

funzione giurisdizionale, si rende necessario anche il ricorso, periodico, a *tests* psico-attitudinali e, in genere, a controlli sulla quantità e qualità dell'operato dei giudici (naturalmente, a meno di rendere detti controlli sostanzialmente inutili, non affidandoli ad altri membri della corporazione)¹⁵⁹.

Ovvio però che ciò non può bastare ad assicurare una "gestione" politicamente accettabile dell'attività interpretativa dei giudici. Se infatti la individuazione di una certa "norma" quale esito di una opzione interpretativa del singolo giudice costituisce il frutto di una sua "valutazione" e quindi di una precisa "scelta" per sua natura ed essenza intrinsecamente "politica" (e cioè, ripetesi, sia nel caso in cui il giudice si muova lungo la stessa linea di "valori" del legislatore, sia laddove - in modo patologico dal punto di vista politico - si muova in un contesto ideologico-culturale "alternativo"), rimane pur sempre la necessità di dare una soluzione adeguata al problema della "*legittimazione democratica*" dell'attività degli organi giudicanti, in particolare dei "*risultati normativi*" dell'attività di interpretazione della legge, ossia delle "norme" da loro create.

Tale "legittimazione" della "norma" di fonte giudiziaria non può anzitutto poggiare su un mero "controllo" sulla "razionalità" intrinseca dell'interpretazione della legge scritta condotta sulla base di canoni logico-ermeneutici di tipo deduttivo-formale (e cioè, si noti, a prescindere dalla circostanza che detto controllo sia effettuato da un organo "interno" o "esterno" alla corporazione giudiziaria). Già sappiamo infatti (*supra*, §§ 6-10) che ad un medesimo testo legislativo non corrisponde sempre una sola norma, quale unico significato razionalmente, e quindi correttamente, ricavabile in via interpretativa da quel testo secondo parametri rigorosamente "oggettivi". Ciò significa che il giudice, tra un ventaglio di possibili interpretazioni - anche ammettendo per ipotesi che siano tutte egualmente "plausibili" sul piano logico - *deve inevitabilmente operare una "scelta"*, in ogni caso "discrezionale" in quanto fondata su una sua "soggettiva", e pertanto *insindacabile*, "valutazione". *A fortiori*, queste conclusioni valgono laddove il giudice, muovendosi in un'ottica "antagonista" rispetto alle scelte politiche del legislatore, vada addirittura *praeter* o *contra legem* spingendosi cioè in un contesto di soluzioni "interpretative" neppure logicamente accettabili su un piano di mera razionalità argomentativa¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Ma affidandoli, ad es., a professori universitari di riconosciuta conoscenza ed esperienza in materie giuridiche, che non svolgano tuttavia altresì la professione di avvocato; e ciò per evitare, a monte, un chiaro conflitto di interessi.

¹⁶⁰ Si noti tuttavia come, laddove il giudice dovesse muoversi addirittura "fuori" da un contesto argomentativo "razionale", un effettivo "controllo" sull'esercizio del suo potere discrezionale nell'individuazione

Neppure poi - contrariamente a quanto a volte si dice - potrebbe bastare il *controllo della c.d. "opinione pubblica"* attraverso il c.d. "consenso popolare". A parte l'estrema "vaghezza" - e direi anche "pericolosità politica" - di questi termini, occorre ribadire come l'unico "consenso" politicamente e quindi giuridicamente rilevante in una democrazia liberale sia quello della "maggioranza" che si esprime nelle forme tassativamente previste dalla Costituzione (in particolare attraverso libere elezioni da tenersi periodicamente). Il vero rischio è che il ricorso al criterio del "consenso" della "opinione pubblica" o - come anche oggi snobisticamente si dice - della "società civile", posto che non esistono in una democrazia moderna "strumenti" politicamente (oltre che costituzionalmente) legittimi di "accertamento del consenso" diversi da quelli attraverso cui si esprimono i rappresentanti del popolo (ossia le "leggi") o direttamente lo stesso popolo (ossia i *referendum*, laddove previsti), si risolva in realtà in una "finzione" dietro la quale si nascondono i tentativi, costituzionalmente "eversivi", della minoranza politica di sopraffare la volontà della maggioranza democraticamente eletta. A riprova di quanto detto, si pensi all'uso strumentale della contrapposizione mass-mediale tra "società civile" (magari "rappresentata" dai giudici, in funzione "antagonista") e "classe politica" (ossia, fuor di metafora, maggioranza democraticamente eletta). Per cui, alla fine, sarebbe comunque - ancora una volta - sempre il giudice a decidere, attraverso una "finzione argomentativa", se dietro la sua decisione ci sia o meno il consenso dell'opinione pubblica.

Alla luce di queste ultime considerazioni, appare allora chiaro come la necessità di recuperare la "sostanza politica" delle istanze di garanzia del cittadino che stanno dietro al principio di stretta legalità in materia penale possa utilmente essere soddisfatta *solo attraverso un "controllo politico" effettivo sulle "scelte interpretative" del giudice*, ossia sulle "norme" da lui create.

Appartenendo in democrazia la "sovranità" al popolo, è allora evidente come i "meccanismi" teoricamente ipotizzabili attraverso cui il "popolo sovrano" può effettuare il suo controllo, diretto o indiretto, sulla "*accettabilità politica*" delle "regole" create dal giudice in modo da garantirne la "legittimazione democratica" (legittimazione che non può chiaramente poggiare, come abbiamo visto, su un mero controllo di "razionalità" intrinseca del risultato interpretativo della legge alla luce della "motivazione" della sentenza, sulla base di canoni logico-ermeneutici di tipo deduttivo-formale, né su un evanescente dato empirico fondato sulla - finzione politica della - probabilità di un non meglio

della norma applicabile potrebbe sì teoricamente ipotizzarsi, ma utilmente operare solo se effettuato da un organo "esterno" all'ordine giudiziario.

precisato *consensus omnium*, ossia sul “consenso popolare” o, come aristocraticamente si dice oggi, della “società civile”), si riducano sostanzialmente a tre.

La *prima strada* sarebbe *attribuire direttamente al popolo il potere di “eleggere” i giudici*¹⁶¹, che in tal modo troverebbero, alla fine, la “legittimazione democratica” della loro attività “creativa” del diritto nella “sovranità popolare” attraverso la loro diretta “legittimazione” elettorale.

A ben vedere, tuttavia, se tale soluzione potrebbe essere, di per sé, soddisfacente nella prospettiva della “legittimazione democratica” dell’attività “normativa” dei giudici, ciò non garantirebbe però affatto la *uguale tutela* delle libertà fondamentali – in quanto tali “inviolabili” – di tutti i cittadini dagli eventuali “pregiudizi” degli stessi magistrati, persino di natura strettamente politica (pregiudizi che anzi giudici eletti potrebbero ritenere politicamente “giustificati”, se non addirittura imposti, dalla loro diretta investitura popolare, magari come conseguenza della presentazione di un “programma politico-criminale” da attuare in caso di vittoria elettorale). Senza contare che, in caso di elezione popolare diretta dei giudici, la “amministrazione della giustizia” non sarebbe più, per definizione, “uguale per tutti”, potendoci essere tanti giudici portatori di ideologie politiche più o meno diverse per quante fossero le circoscrizioni elettorali. *Mutatis mutandis*, le stesse perplessità possono poi essere sostanzialmente ripetute anche con riferimento a un eventuale meccanismo di “sostegno secco” dei giudici tra tutti i cittadini in possesso di certi requisiti (in particolare, di conoscenza tecnica del diritto a un determinato livello).

Se però, in democrazia, c’è un unico “pregiudizio” o “soggettivismo interpretativo” politicamente “accettabile”, che è quello espresso nelle forme previste dalla Costituzione dalla “maggioranza degli elettori” in un certo momento storico (in quanto considerata la migliore – anche se momentanea e quindi modificabile – espressione della sovranità popolare), *una strada istituzionalmente praticabile* in quanto politicamente accettabile sarebbe *fare del Parlamento, o*

¹⁶¹ Elezione diretta che dovrebbe allora investire anche gli organi della pubblica accusa (come accade, entro certi limiti, nei sistemi di *common law*), laddove essi, in qualche modo, già non dipendano gerarchicamente e funzionalmente dal potere esecutivo, in particolare dal Ministro di Giustizia. Essendo infatti i P.M., quali *gatekeepers* del processo penale, i veri “gestori della politica criminale”, dovrebbe essere allora direttamente il Ministro di Giustizia, nella sua qualità di responsabile politico dell’amministrazione della giustizia, a rispondere politicamente delle effettive “scelte”, di investigazione e di accusa, concretamente operate dai P.M., al di là di “finzioni retoriche” come quella dell’“obbligatorietà” dell’azione penale, obbligatorietà in realtà inesistente persino nei sistemi dove essa è normativamente prevista addirittura a livello costituzionale (come in Italia: art. 112 Cost.). Sul punto vedi M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia?*, cit., *passim*.

magari solo della sua Camera Alta o Senato, o anche di una sua specifica articolazione interna (come ad es. la Commissione Giustizia) a ciò appositamente deputata, l'*organo giurisdizionale di controllo di legittimità di ultima istanza*, competente cioè a pronunciarsi per le sole questioni connesse alla stretta "interpretazione" del diritto, ossia alla "legittimità" della "norma" individuata (e applicata) dal giudice e alla "legittimità" del "procedimento" seguito (specie con riferimento alla "logicità" - ossia alla "ragionevolezza" - della "motivazione" della sentenza); ciò perché, non vivendo il diritto penale fuori del processo (*supra*, § 4), la "legittimità del processo" è *condizione necessaria* della stessa "legittimità della sanzione" concretamente applicata.

Tale soluzione rispecchia d'altronde quanto avveniva, non a caso, in quella che può essere a ragione definita come la patria storica delle libertà individuali e politiche, l'Inghilterra, con la *House of Lords*, Camera Alta del Parlamento che aveva altresì la competenza di organo giurisdizionale di ultima istanza attraverso i c.d. *Law Lords* (le cui funzioni sono state assunte dal 1° ottobre 2009 dalla *Supreme Court of the United Kingdom*, secondo quanto previsto dal *Constitutional Reform Act* del 2005)¹⁶².

¹⁶² In una prospettiva diversa, anzi opposta, si muoveva viceversa l'istituto del *référé législatif* facoltativo, nella versione introdotta durante la Rivoluzione francese dall'art. 12, Titolo II, del Decreto 16-24 agosto 1790 sull'Organizzazione dei Tribunali, finalizzato a *prevenire* indebite intrusioni da parte del potere giudiziario nella sfera di attribuzione riservata al potere legislativo (come conseguenza del divieto di interpretazione della legge da parte dei giudici stabilito nello stesso Decreto agli artt. 10-11 del Titolo III), strumento attraverso il quale i giudici, nel caso in cui avessero ritenuto necessari chiarimenti sul significato e la portata di un qualunque atto legislativo, al fine di risolvere tutti i dubbi interpretativi, potevano rivolgersi direttamente al *Corps Législatif* sollecitando l'adozione di un provvedimento di "interpretazione autentica" della legge in questione, l'unica attività interpretativa (almeno) formalmente consentita nella logica illuminista di una rigida separazione dei poteri. Interpretazione autentica che, in quanto proveniente dalla stessa Assemblea legislativa, aveva necessariamente una *valenza generale e astratta*, e *dunque non giurisdizionale* (a differenza di quanto avveniva con la *House of Lords* inglese, laddove questa operava in qualità di organo giurisdizionale di ultima istanza; anche se non si può dimenticare come, attraverso il principio del "precedente vincolante" - *binding precedent* -, la decisione di quest'organo era comunque idonea a valere, in via indiretta, anche per la disciplina di casi futuri e pertanto, teoricamente, in modo generale e astratto. Sulla funzione di "stabilizzazione" dell'ordinamento giuridico attribuita al principio del "precedente vincolante" nei sistemi di *common law* si veda *supra*, § 11). A questo istituto del *référé législatif* - in una logica di complementarietà - faceva specularmente da *pendant* la previsione, avvenuta col Decreto 27 novembre-1° dicembre 1790, di un organo *ad hoc*, un *Tribunal de Cassation* (che attraverso il suddetto Decreto veniva regolato in modo definitivo), *organo estraneo al potere giudiziario*, di natura essenzialmente *politica* la cui collocazione era «*auprès du Corps législatif*», la cui competenza era *reprimere* l'invasione da parte dei giudici del campo d'azione riservato al potere legislativo, "annullando" ("cassando", appunto) le sentenze dei giudici nel caso in cui esistesse una «*contravention expresse au texte de la loi*», ossia si trattasse di sentenze contrarie alla legge o basate su interpretazioni più o meno arbitrarie, privandole della loro validità giuridica. Su questi istituti vedi le mirabili pagine di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazioni*, Milano-Torino-Roma, 1920, spec. 442-444; sul *Tribunal de Cassation*, in particolare, vedi anche la nota successiva.

In questa medesima logica di assunzione della “responsabilità politica” da parte del Parlamento in ordine alla definitiva “scelta normativa” sul significato di una legge si pone anche *l’ultimo meccanismo di controllo politico* dell’attività giudiziaria teoricamente ipotizzabile – e a mio parere quello preferibile – costituito dalla creazione di un *Tribunale Supremo (o di Cassazione) nominato dal Parlamento*, che ne segua le sorti politiche e che allo stesso Parlamento *risponda politicamente* delle sue decisioni. Soluzione che avrebbe, fra l’altro, l’indiscutibile pregio di consentire di “delegare” la suddetta attività giurisdizionale di controllo di legittimità – forse la più delicata – solo a tecnici del diritto di sicura competenza ed esperienza, anche se politicamente responsabili per le decisioni adottate di fronte al Parlamento. In questa prospettiva dunque la funzione di “cassazione” delle sentenze qualificate come “illegittime” a causa di un’interpretazione giudiziaria del diritto ritenuta politicamente non adeguata, pur concretandosi in un’attività sicuramente “giurisdizionale”, verrebbe esercitata da *giudici non appartenenti all’ordine giudiziario* ma al contrario politicamente responsabili di fronte all’organo espressione diretta della sovranità popolare, il che garantirebbe sicuramente la legittimazione democratica della loro attività¹⁶³.

Sarebbe viceversa, ancora una volta, una “finzione” – anzitutto politica – pensare, magari in nome di una concezione “mitologica” e (soprattutto) “unilaterale” della “separazione dei poteri” (vedi *infra*, § 18), di affidare la suddetta “ultima parola” ad un organo più o meno qualificato come “indipendente” o “di garanzia”, come una Autorità c.d. indipendente (da creare *ad hoc*) o la stessa Corte costituzionale (laddove esista)¹⁶⁴, posto che il problema si riproporrebbe, trattandosi di organi senza alcuna legittimazione democratica, né diretta né indiretta, e quindi estranei alla sovranità popolare.

¹⁶³ Come avveniva – almeno nelle intenzioni originarie dell’Assemblea Nazionale francese della Rivoluzione – col *Tribunal de Cassation*, istituito con Decreto 27 novembre-1° dicembre 1790 (*supra*, nota 162), su cui v. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 408 ss.. Come ricorda l’insigne giurista, «Il *Tribunal de cassation* nasce, dunque, come un organo di controllo destinato a sorvegliare che il potere giudiziario non violi, a danno del potere legislativo, il canone fondamentale della separazione dei poteri» (*ibidem*, 434). Ed è altresì noto come la costituzione inglese e gli ordinamenti di quel paese ebbero un’enorme influenza sull’opera dell’Assemblea costituente rivoluzionaria, e quindi anche la *House of Lords* vista come precedente analogo del *Tribunal de cassation*; Camera dei *Lords* quale «primo tipico esempio di un controllo esercitato dal potere legislativo sul potere giudiziario, allo scopo di impedire che i giudici esorbitino dai confini del loro ufficio» (*ibidem*, 426-427). Organo di controllo posto dunque – al di fuori e – al di sopra di tutto l’ordinamento giudiziario.

¹⁶⁴ Sulla necessità e urgenza politica in un sistema veramente democratico di abolire tutte le c.d. “autorità indipendenti” o “di garanzia”, compresa la Corte costituzionale, data la *assoluta carenza di legittimazione democratica* sia degli organi in sé sia del prodotto della loro attività, mi riservo di tornare più ampiamente in una successiva occasione, trattandosi di un problema politico e istituzionale attualmente di primaria importanza e rilevanza.

Al contrario, gli ultimi due meccanismi di controllo dell'attività interpretativa giudiziale sopra proposti che consentono al Parlamento, *in via diretta o indiretta*, di assumersi la "responsabilità politica" di dire l'"ultima parola" sul "significato" di una "legge" e quindi sulla legittimità delle norme applicate dagli organi giurisdizionali avrebbero l'evidente vantaggio di fondare la "legittimazione politica" della attività "creativa" del diritto (meglio: dell'unico diritto giuridicamente "valido" in quanto effettivamente "vincolante") da parte dei giudici immediatamente nella "sovranità del popolo", ma senza i pericoli per l'uguaglianza dei cittadini connessi all'elezione diretta dei giudici. Con la conseguenza che sarebbero gli unici sistemi di controllo dell'interpretazione giudiziale oggi - a mio parere - anche *ragionevolmente praticabili* dal punto di vista politico-istituzionale in un sistema *realmente* democratico e garantista.

Chiaro che accogliere qualunque soluzione che privilegi, alla fine, la "sovranità popolare", in particolare attraverso la sua rappresentanza parlamentare, è, comunque, un'*opzione squisitamente politica*; come lo è però, all'opposto, anche l'idea di un'assoluta "insindacabilità" delle "sentenze", una volta esperite tutte le istanze di controllo previste dall'ordinamento *all'interno* della stessa corporazione dei magistrati (ferma, ovviamente, l'assoluta "non sanzionabilità" dei giudici per le "scelte" operate in sede interpretativa¹⁶⁵, che devono rimanere, come persone fisiche, "indipendenti" da qualunque altro potere: vedi *amplius infra*, § 18). Per cui l'una soluzione ha la stessa "dignità" di proposta dell'altra (non essendo dettata da ragioni logiche, *rectius*: di razionalità giuridica, ma solo politiche che, in quanto tali, sono qualificabili solo come opportune o inopportune, secondo parametri di valutazione quindi logicamente diversi da quelli giuridici). Anche se le proposte che vedono nel Parlamento, in via diretta o indiretta, la "sede finale" del "controllo politico" sull'interpretazione giudiziale risultano almeno congruenti con il principio fondativo di qualunque sistema democratico moderno, ossia che la "sovranità", che si esercita attraverso le tre "funzioni" legislativa, esecutiva e giudiziale,

¹⁶⁵ Dunque, irresponsabilità assoluta dei giudici per le "scelte" operate in sede interpretativa, a meno che non siano venuti meno ai loro doveri istituzionali per dolo o colpa grave, nel qual caso dovrebbe ovviamente applicarsi una sanzione. Sanzione disciplinare o anche penale, relativamente alla quale si pone, però, ancora una volta, il problema, politico, dell'individuazione dell'organo che deve applicare dette sanzioni. Laddove tale organo appartenesse, o comunque rispondesse, allo stesso ordine giudiziario - in nome della "indipendenza" della magistratura sulla base di una "interpretazione" assolutamente unilaterale del principio della separazione dei poteri - non ci sarebbe, ancora una volta, alcuna effettiva possibilità di controllo sull'operato dei magistrati neppure in casi estremi (*supra*, nota 152), con buona pace del sistema dei "pesi e contrappesi" che dovrebbe sempre accompagnare il principio della separazione dei poteri per evitare ogni tipo di arbitrio e di abuso (sul punto *amplius infra*, § 18).

ria, appartiene, in democrazia, *nella sua interezza*, esclusivamente al “popolo”.

In questa prospettiva, la “*ultima parola*”, che bisogna avere il coraggio di riconoscere come *logicamente “arbitraria”*, in quanto squisitamente “politica”, “*ritorna*” così *all’organo, il Parlamento, che, in democrazia, fa le “leggi”*, per loro natura “generalì” e “astratte” e quindi in grado di garantire quel diritto “fondamentale” costituito - come già diceva Beccaria - dalla “uguaglianza” dei cittadini davanti alle norme, “*ultima parola*” di cui il Parlamento si assume - *in via diretta o indiretta - la “responsabilità politica”* davanti al “popolo sovrano”, *chiudendo così il “cerchio”*. In fondo, saremmo qui in presenza di una *sorta di “interpretazione autentica”* della stessa legge, realizzata però *attraverso un “provvedimento” di natura giurisdizionale* in quanto tale individuale e concreto (e non una nuova legge, che di per sé, a sua volta, sarebbe necessariamente oggetto di un’ulteriore interpretazione da parte del giudice). In una parola, il potere definitivo di “interpretazione” della legge dovrebbe ritornare a chi, politicamente legittimato, ha il potere di “fare” le leggi (ossia le “scelte politiche”).

Si tratta, in ultima analisi, di scegliere, politicamente, tra una situazione di sostanziale “arbitrio giudiziale” e una che, viceversa, veda, alla fine, tornare l’ultima parola in mano al popolo o ai suoi rappresentanti, e quindi agli unici detentori politici della “sovranità”. Il *vero problema* è in fondo - ancora una volta - *quello dei reciproci “controlli” fra poteri, posto che qualunque potere non limitato diventa “arbitrio”*. Ma, se si vuole spezzare il “circolo vizioso”, occorre allora avere il coraggio di guardare la realtà e di prendere una posizione, necessariamente politica, *a favore di un potere sull’altro*. Il che dipende, evidentemente, da qualcosa che non ha nulla di razionalmente verificabile, ma discende - in ciascun ordinamento in un determinato momento storico - dagli effettivi “rapporti politici di forza”, ossia da quella che comunemente viene definita la costituzione “materiale”. *Alla fine, tutto si risolve in un’opzione “ideologica” e quindi eminentemente “politica”*.

18. Separazione dei poteri, *checks and balances* e controllo politico sull’attività giudiziale

Di fronte al grave e politicamente delicato problema della “legittimazione democratica” delle “norme” di creazione giurisprudenziale, la soluzione qui proposta dell’inevitabilità di un “controllo politico” del Parlamento, in via diretta o indiretta, sembrerebbe, almeno a prima vista, andare incontro alla faci-

le obiezione che, così operando, si violerebbe con ogni evidenza il fondamentale principio, su cui dovrebbe reggersi qualunque sistema democratico moderno, della “separazione” fra i “poteri” dello Stato, non a caso da sempre invocato contro qualunque interferenza o, peggio, controllo sull’attività dei magistrati.

A ben vedere, tuttavia, non mi sembra che la conclusione cui siamo pervenuti possa essere intesa come una lesione del principio della divisione dei poteri. Infatti, detto principio, se non vuole ridursi a vero e proprio “mito (o dogma) ideologico”, non può esistere senza un effettivo, ed operante, sistema di *checks and balances*, ossia di previsione di “limiti” agli stessi pubblici poteri (posto che nessun potere, in democrazia, può essere illimitato). Oggi viceversa il principio della separazione dei poteri è, in molte realtà costituzionali – specie tenendo conto della c.d. costituzione “materiale” –, totalmente “sbilanciato” a favore del potere giudiziario, posto che, con riferimento all’attività dei magistrati, non esistono *di fatto* – ma anche a livello istituzionale-costituzionale – quei “contrappesi” che, logicamente, se vogliono essere effettivi, devono fare capo ad un potere “esterno” e, a sua volta, “indipendente” rispetto al potere giudiziario¹⁶⁶.

Nella concreta dinamica costituzionale degli attuali sistemi di *civil law*, infatti, il “potere giurisdizionale” (a differenza del legislativo e dell’esecutivo, potere “diffuso” di cui sono titolari, nella sua integralità, i *singoli* magistrati e che si esercita nella decisione del caso concreto) “controlla” tutti gli altri poteri (in particolare, “sindacando” – spesso senza alcun limite – anche le persone fisiche che ne costituiscono gli organi) ma, di fatto, non è a sua volta *realmente* “controllato” da nessuno. Anzi, come abbiamo visto (*supra*, § 16), i “miti” illuministici della “separazione dei poteri” e della “soggezione del giudice sol-

¹⁶⁶ Ricorda P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., 444, come, nelle discussioni svoltesi sulla nuova Costituzione nell’Assemblea Nazionale francese della Rivoluzione su quale dei tre poteri dovesse esercitare la funzione di controllo finalizzata ad impedire ai giudici di invadere il campo proprio del legislatore, «tutti gli oratori [fra cui Robespierre] furono concordi nel ritenere che questa funzione di controllo non rientra assolutamente nel potere giudiziario: non solo perché, concettualmente, annullare sentenze contrarie al principio della separazione dei poteri è cosa ben diversa dal giudicare, ma perché *in pratica sarebbe stato assurdo affidare l’ufficio di sorveglianza allo stesso potere che si voleva sorvegliare* [corsivi miei]. Lo notavano con gran chiarezza il Robespierre [...] e il Goupil». Anzi, Robespierre, negando che tale funzione potesse essere attribuita al potere esecutivo, ed escluso altresì esplicitamente che potesse trattarsi di un nuovo e diverso potere, terminava dicendo che «*Ce droit de surveillance est donc une dépendance du pouvoir législatif*»; e la sua conclusione riassume certo il pensiero di tutti gli oratori dell’Assemblea, convinti che, come spetta al legislatore il potere di creare le leggi, e quello di interpretarle [...], così a lui spetta *le pouvoir de veiller au maintien des lois* [nota 7: È, ancora, una espressione di Robespierre, 25 maggio 1790 (“Moniteur”, 1790, 593)], *parce que* – per dirlo colle parole di Le Chapelier nel presentare all’Assemblea il disegno del Tr. di cassazione – *après le pouvoir de faire la loi, venoit naturellement celui d’en surveiller l’observation*» (*ibidem*, 445-446).

tanto alla legge” sono oggi paradossalmente invocati dai magistrati - e in concreto valgono nell’effettivo operare della “costituzione materiale” - solo in funzione “antigarantista” come fondamento giuridico-politico per affermare o rivendicare la “illegittimità” (e quindi la impossibilità) di qualunque tipo di interferenza o, peggio, di controllo sull’attività giudiziaria, neppure nei casi di arbitri più gravi e palesi da parte dei giudici.

Anzitutto occorre qui sottolineare come “potere” sia un termine polivalente e pertanto ambiguo: può essere infatti inteso come sinonimo sia di “organo” titolare del potere, sia di situazione giuridico-soggettiva attributiva della capacità giuridica di fare qualcosa e quindi come “attività” che costituisce esercizio del potere, sia di “prodotto” o risultato dell’attività con cui il potere viene esercitato. In quest’ottica, il *potere giudiziario - rectius*: “giurisdizionale”, potere, come detto, “diffuso” tra tutti i giudici, a differenza del legislativo e dell’esecutivo - non va pertanto confuso, nella sua dimensione “soggettiva-personale”, con l’“insieme” dei giudici come organi che, nella loro totalità, costituiscono viceversa l’“*ordine giudiziario*”.

Il corretto significato di un concetto di “separazione dei poteri”, realmente rispettoso del fondamento politico ultimo della “sovranità popolare”, si identifica a mio avviso solo con l’*assoluta “indipendenza” e “insindacabilità” delle persone fisiche titolari delle funzioni tipiche di ciascun potere nei confronti di organi di altri poteri*. Nel senso, in particolare, che gli organi di ciascun potere non possono essere nominati o eletti da appartenenti ad altri poteri (così, i giudici non possono essere nominati dal Parlamento o dal Governo); così come non è ammissibile il “cumulo” in una stessa persona fisica delle funzioni tipiche di poteri diversi (ad es. giurisdizionali e legislative: una stessa persona non può essere contestualmente giudice e deputato)¹⁶⁷. Ma soprattutto ciò comporta che le persone fisiche che esprimono, singolarmente o congiuntamente, un potere debbono godere di speciali “privilegi” e “immunità” (funzionali) che le “garantiscono” da qualunque possibile “interferenza” e condizionamento, specie nei loro diritti di libertà, da parte degli organi di altri poteri.

Ciò non significa però che l’“attività” di questi organi, o meglio il “risultato” di detta attività, che costituisce concretizzazione di un certo potere non possa essere “controllato” da organi di altri poteri (o che rispondano direttamente ad altri poteri): se così non fosse, sarebbe anche teoricamente inipotizzabile un effettivo sistema di *checks and balances*. Infatti *tutti* i poteri, direttamente

¹⁶⁷ Il divieto di cumulo in una stessa persona di funzioni giudiziarie e funzioni legislative era espressamente sancito dalla Costituzione rivoluzionaria francese del 3-14 settembre 1791, cap. I, sez. 3^a, art. 5.

o indirettamente, debbono comunque rispondere all'unico "sovrano" - nel senso "originario" di *superiorem non recognoscens* - che in democrazia è il popolo. Onde, fra l'altro, la pericolosità dal punto di vista democratico di tutti i c.d. poteri di "garanzia", come le attuali Corti costituzionali o le c.d. Autorità "indipendenti", non legittimati democraticamente, nei limiti in cui la loro attività non è suscettibile di controllo da parte di altri poteri¹⁶⁸. Nessun potere può infatti prescindere dalla legittimazione che discende dalla sovranità popolare, neanche il giudiziario. "Indipendenza" della magistratura significa dunque solo che i giudici - in quanto persone fisiche - non possono dipendere, né dal punto di vista della nomina né gerarchicamente o funzionalmente, da altri organi dello Stato espressione di altri poteri; non anche che la loro attività sia sottratta a controlli democratici o meglio che il prodotto di detta attività non debba essere legittimato democraticamente (specie in ordinamenti in cui persino la legge del Parlamento, massima espressione della sovranità popolare, è sindacabile da una Corte costituzionale, che può paralizzarne l'efficacia o addirittura senz'altro annullarla). La confusione, come abbiamo visto, nasce dalla ambiguità della parola "potere" che viene identificato con gli organi che lo rappresentano ma anche con l'attività che esercitano e col prodotto di detta attività.

A parte dunque il significato politicamente *realista* in un sistema effettivamente democratico che mi sembra doversi attribuire al principio della separazione dei poteri, ritengo comunque essenziale che, alla fine, l'"ultima parola" in tema di "*accettabilità politica*" delle norme di creazione giudiziaria torni sempre al popolo sovrano (nel senso di chi ne ha la rappresentanza, ossia il Parlamento, in via diretta o indiretta). Si tratta di una proposta politica che, in quanto tale, ha la stessa dignità di quella che, al contrario, vede come politicamente opportuna la insindacabilità delle decisioni giudiziarie fuori delle istanze di controllo "interne" alla stessa corporazione dei magistrati.

Nella prospettiva qui sostenuta non c'è però nessun attentato alla indipendenza dei giudici (come pure spesso erroneamente si ripete). Si tratta infatti solo di decidere tra due opzioni entrambe politiche. E in politica non valgono le qualifiche di vero o falso (tipiche di proposizioni "assertive"), giusto o ingiusto

¹⁶⁸ Ciò conferma, a mio parere, come, nella nota disputa tra Hans Kelsen e Carl Schmitt in ordine a quale organo sarebbe stato preferibile conferire il ruolo di "garante" degli equilibri costituzionali, avesse ragione il secondo, secondo cui "custode della Costituzione" doveva essere, non una Corte costituzionale formata da c.d. "saggi", ma il *Reichpräsident* laddove eletto direttamente dal popolo e quindi democraticamente legittimato. Sulla questione vedi, rispettivamente, H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Repaci, Milano, 1981, 229-291, e C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, *passim*, spec. Cap. III.

(alla stregua del diritto “naturale” o della morale), ma solo (più laicamente, come è la politica) di opportuno o inopportuno (giudizi assolutamente contingenti e quindi “relativi”). Solo così, riconoscendo l’“ultima parola” al Parlamento, si garantirebbe effettivamente, a mio avviso, un sistema di *checks and balances*, da intendere correttamente come “possibilità di controllo” sull’“attività” - *rectius*: sul “prodotto” dell’attività - di qualunque potere da parte di un altro potere.

Semmai, traducendosi i *checks and balances* in un “circolo” di controlli “reciproci” tra poteri - controlli attraverso cui un sistema “sano” politicamente può sempre raggiungere un punto di “equilibrio”, anch’esso necessariamente politico -, siccome la serie “circolare” dei successivi controlli si deve prima o poi necessariamente “chiudere”, ne discende logicamente che, alla fine della catena, *un potere deve inevitabilmente “prevalere” sugli altri*. E, in democrazia, tale potere non può essere che il *potere legislativo*, posto che l’unico “arbitrio” politicamente accettabile, in un sistema in cui la “sovranià” appartiene esclusivamente al “popolo”, è solo quello che promana dal Parlamento quale organo rappresentativo direttamente legittimato dalla volontà politica del popolo sovrano. Con la conseguenza, fra l’altro, che l’unica “insindacabilità” politicamente accettabile in un sistema realmente democratico dovrebbe riguardare solo la “legge” del Parlamento. Il che dovrebbe comportare un ordinamento senza Corte costituzionale o, al massimo, con una Corte costituzionale il risultato della cui attività possa essere, a sua volta, sindacato dallo stesso Parlamento; oppure che preveda senz’altro un potere di sindacato “diffuso” sulla legge da parte degli stessi giudici¹⁶⁹, la cui scelta sia, a sua volta, ulteriormente controllabile dal Parlamento (secondo una serie di combinazioni variamente ipotizzabili).

Si consideri poi come la soluzione qui proposta consentirebbe altresì di vedere nel Parlamento, organo espressivo della volontà del popolo sovrano, il *tutore ultimo* - e quindi necessariamente politico - dell’*habeas corpus*, ossia della “inviolabilità della libertà personale” come diritto fondamentale dell’uomo; con la logica conseguenza che - nella dinamica dell’esperienza penale - al giudizio politico finale del Parlamento - in via diretta o indiretta - dovrebbero arrivare solo le questioni giuridiche attinenti a tale libertà, lesa dalla sanzione penale, e quindi solo i casi di doglianze da parte del cittadino

¹⁶⁹ Tale sindacato non dovrebbe però mai investire, a mio parere, la c.d. “ragionevolezza” della legge, posto che ciò si traduce sempre, in ultima analisi, in un - inammissibile - controllo sulle stesse “scelte politiche” del Parlamento, come è confermato dalla concreta esperienza del modo di operare delle Corti costituzionali laddove esistenti, in conseguenza di una loro - a mio avviso politicamente arbitraria - “interpretazione” del principio di uguaglianza.

che si ritenga ingiustamente sanzionato. Non dunque se a dolersi sia il P.M. che voglia pervenire all'affermazione della responsabilità penale di un soggetto nonostante una decisione di assoluzione da parte del giudice¹⁷⁰.

Solo così si renderebbe, fra l'altro, anche concreto ed effettivo il principio, solennemente sancito dalle Carte costituzionali¹⁷¹, che «la giustizia è amministrata in nome del popolo», cioè di chi in democrazia è l'unico detentore della "sovranità". Come è altresì solennemente ribadito dalla formula «In nome del popolo» con cui esordiscono tutte le sentenze (art. 546 comma 1 lett. a c.p.p.); il che conferma ulteriormente l'esigenza, politica, di "legittimare democraticamente", in modo effettivo e non meramente "declamatorio", il "risultato" dell'interpretazione del giudice, ossia la "norma" da lui di volta in volta creata per la soluzione del caso concreto.

Conclusione, per altro verso, anche "tranquillizzante" per lo stesso giudice, molte volte "stretto" tra la pressione – magari "giustizialista" – della opinione pubblica (magari "aizzata" dai mass-media) e il rispetto della volontà politica del Parlamento imposto dalla sua coscienza e deontologia professionale, dal momento che la proposta qui avanzata finisce con lo "scaricare" (in via diretta o indiretta) la "responsabilità" di una certa interpretazione – magari in casi politicamente "sensibili" e socialmente molto rilevanti che determinano situazioni di "tensione" nell'opinione pubblica – sull'unico organo che, istituzionalmente, deve rispondere politicamente al popolo sovrano in quanto da questo politicamente "legittimato" (posto che mai – nei sistemi che non ammettono l'elezione diretta dei giudici da parte del popolo – il giudice, come organo, può essere ritenuto politicamente responsabile di qualcosa). Con conseguente vantaggio, anzitutto di "immagine", anche per i giudici.

E non v'è dubbio che *in caso di "conflitto" fra giustizia e politica* – secondo una formula giornalistica oggi molto di moda – *l'"ultima parola", in democrazia, deve necessariamente spettare alla "politica"*, cioè appunto, in via diretta o indiretta, al "popolo sovrano" (pur potendo ovviamente essere diversi i meccanismi funzionali allo scopo)¹⁷².

In sintesi: è la politica che, in quanto espressione del popolo sovrano, governa il diritto, quale sua fonte democraticamente legittimata; non può essere, al

¹⁷⁰ In tal caso il P.M. potrebbe, al massimo, e solo laddove autorizzato espressamente dalla legge, "sollecitare" il Parlamento a "rivalutare normativamente" – ossia in via generale e astratta – la situazione oggetto della decisione da lui ritenuta "illegittima".

¹⁷¹ In Italia, vedi l'art. 101 comma 1 Cost.

¹⁷² Si ricordi la frase di CHARLES-LOUIS DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., Libro VI, Cap. III, 225: «Negli Stati dispotici non v'è legge: il giudice è egli stesso la regola». Vedi anche P. VERRI, *Sulla interpretazione delle leggi (1765)*, cit., 408, laddove afferma che «Il solo dispotismo stabilmente utile, anzi necessario per la prosperità d'una nazione, è il dispotismo delle leggi».

contrario, il diritto, specie se creato dai giudici attraverso l'interpretazione, a governare la politica.

19. Conclusioni

Forse l'aspirazione - politica - alla "certezza" dei reati e delle pene (e della loro applicazione) come strumento essenziale della garanzia delle libertà, personale e politica, dei cittadini, in funzione di quell'"uguaglianza" tra gli uomini che discende da un'applicazione "uniforme" del diritto, costituisce ancora un "mito" cui, però, nonostante le seduzioni del momento storico a favore di istanze "sostanzialistiche" di (ritenuta) "giustizia" (e magari di "equità": si pensi al rilievo che certe correnti di pensiero danno alla "tutela della vittima", specie nel settore del diritto internazionale penale), che possono provenire solo da un ruolo "interventista" sempre più incisivo del giudice, molti penalisti di tutti i continenti - tra i quali mi ascrivo - si ostinano, nonostante tutto, a rimanere fedeli. Saremo forse degli ingenui o, peggio, dei perversi illusi di fronte alle «magnifiche sorti e progressive»¹⁷³ che si stanno aprendo all'orizzonte del terzo millennio a favore di un "nuovo" (*sic!*) diritto penale, attento più alla "efficienza" che alle "garanzie" e di cui il giudice sarebbe il vero interprete e mallevadore.

Già la storia del secolo scorso ha però visto come di buone intenzioni siano state lastricate le - purtroppo reali! - vie dell'inferno (a partire dagli insegnamenti della Scuola positiva), quando si è voluto abbandonare il terreno delle garanzie in materia penale. Voglio allora qui chiudere usando le parole del mio Maestro, Marcello Gallo, che, mi sembra, siano efficacemente espressive della "situazione spirituale" che attualmente percorre la scienza penalistica:

«[...] deliberatamente [...] [egli dice], mi colloco in un cerchio culturale nel quale sovrastano i principi del garantismo e della certezza. E siano pure miti. Ché se è bello che si trovino tanti spiriti critici, pronti a spiare, a scoprire e denunciare i miti, i miti duri a morire conservati o insinuati nella vita di oggi, penso per esempio al Barthes delle *Mythologies*, credo anche che dovremmo

¹⁷³ GIACOMO LEOPARDI, *I Canti*, XXXIV - *La ginestra, o fiore del deserto*: «[...] Dipinte in queste rive/Son dell'umana gente/Le magnifiche sorti e progressive. [...]» (versi 49-51). Parole del poeta, evidentemente, da me qui usate come classico esempio di "antifras" o "ironia", figura retorica consistente in un'affermazione che lascia intendere che chi parla o scrive vuol significare l'opposto.

essere tutti così illuminati da essere capaci di credere a un mito, sapendo che è un mito»¹⁷⁴.

E la “certezza” dei reati e delle pene e l’“uguaglianza” che discende da una applicazione uniforme del diritto penale sono “miti” per la cui affermazione, ancora oggi – forse più oggi che ieri –, dobbiamo essere debitori a quel volume di Beccaria, di cui stiamo celebrando i 250 anni dalla pubblicazione.

¹⁷⁴ M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., XXI-XXII.