

Fattispecie o *case law*?

La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*

di Massimo Donini

Lo studio analizza la tenuta di una possibile sostituzione della fattispecie mediante il *case law*, escludendo che si tratti di una alternativa possibile, essendo entrambi componenti essenziali del sistema giuridico. Vengono individuate le condizioni del diritto giurisprudenziale legittimo in diritto penale nell'attività di concretizzazione e applicazione della legge ai casi, muovendo da una rinnovata elaborazione del rapporto tra disposizione e norma, fondamentale anche per accertare i procedimenti analogici occulti, per i quali si definisce uno specifico *test* di verifica nel quadro di una ridefinizione del procedimento analogico in un quadro di teoria generale del diritto, e non solo dei distinti doveri ermeneutici specifici del penalista. La possibilità che il diritto giurisprudenziale legittimo, in parte negli *hard cases*, approdi all'enucleazione di casi-norma, e non solo a esempi applicativi nuovi o nuove interpretazioni in astratto della legge, produce l'esigenza di una disciplina o considerazione differenziata del parametro della prevedibilità, per l'efficacia retroattiva o solo *ex nunc* delle nuove evoluzioni o dei mutamenti intervenuti. I distinti momenti di irretroattività oggettiva o di scusabilità soggettiva per le innovazioni imprevedibili sono infine declinati sulla base degli articoli 7 Cedu, 27, co. 1, Cost. e 5 cp. Conclude lo scritto la proposta di sei regole di deontologia ermeneutica penale.

1. La questione

Un dubbio cruciale avvince oggi le menti più *smart* della penalistica. Stiamo andando verso la sostituzione della tipicità con la prevedibilità? La legalità penale sarà in futuro costituita di, o sostituita da, decisioni garantite *come la legge* nella loro tassativa prevedibilità anteriore al fatto commesso, o sarà inve-

ce sempre il tipo legale a orientare, vincolare e accentrare in sé quella prevedibilità e irretroattività? Quale è il futuro del tipo legale¹ in questa vicenda della storia dell'ermeneutica?

Se a un giudice penale viene in mente di applicare per la prima volta una fattispecie legale a una tipologia di casi fino a quel momento pacificamente estranea a tale reato², “inventandosi” un nuovo significato

* Lo studio rielabora la lezione svolta a Palermo in occasione di un ciclo di seminari organizzati da allievi e colleghi in onore di Giovanni Fiandaca, nel suo ultimo anno di insegnamento ordinario (Anno accademico 2016-2017). Pur se tardivamente, desidero dedicargli questo lavoro, perché di quell'incontro rimanga una traccia scritta, a testimonianza di un sodalizio di amicizia e affetto, e non solo come tributo a un *Maestro* di diritto penale e di ermeneutica.

1. Sul rapporto fra tipo (fattispecie tipica) e principio di tipicità si consenta il rinvio a M. Donini, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 325-349, anche in www.penalecontemporaneo.it 13 gennaio 2017, p. 1 ss., e agli AA. *ivi cit.* a nota 7; Id., *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza. Una “resa dei conti” con la prevenzione generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2018, pp. 1577 ss. V. pure, nella letteratura più recente, con diverse declinazioni, C. Sotis, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 1346 ss.; R. Alagna, *Dialogo breve sulla tipicità penale*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 3 ss.

2. C'è una differenza tra un caso esplicitamente escluso (da giurisprudenza o dottrina) da una fattispecie legale e un caso mai immaginato per essa. Però *dal punto di vista del destinatario* quella differenza è spesso sottile e impalpabile. Quando mai si sarebbe immaginato di

per le antiche parole della legge, gli “è lecito farlo” quanto meno per il futuro, sì che anche l’innovazione, l’invenzione, persino l’analogia potranno almeno valere prospetticamente come una “nuova legge”?

O addirittura e in quali limiti il *novum* potrà essere considerato meramente “dichiarativo” della legge e applicato anche al passato? Come del resto si è sempre fatto fino ai tempi più recenti. Qual è la differenza tra innovazione *costitutiva* e innovazione *dichiarativa* del contenuto della legge? Abbiamo parametri sicuri per una distinzione che orienti in chiave garantista effetti giuridici pesanti e opposti come la irretroattività o la retroattività?

Non solo. Possiamo, se non in tutto almeno in parte, integrare o sostituire il tipo con le decisioni – icasticamente: leggere ormai solo il commentario *al posto del* testo commentato, visto ormai come un mero suo *incipit* storico, che ha dato l’avvio alla storia ermeneutica della norma, un essere vivente irriducibile a una premessa di logica formale? Ciò produrrà l’effetto che il tipo come *Begriff*, come *rule*, come schema logico-concettuale chiuso, si trasformerà in una *imago facti*³, da *fattispecie (species facti)* a

Typus (essenza tipologica di una figura idelatipica)⁴, che governa le successive evoluzioni decisorie?

Vale a dire è corretto pensare che assistiamo a una sorta di trasformazione in *common law* del nostro *civil law*⁵, dove campeggia la “Fallnorm”, la norma-caso al posto della regola generale e astratta, a destinatario universale, legge uguale e indifferenziata? E ciò, peraltro, proprio in un tempo in cui paradossalmente il *common law* sta morendo⁶, in quanto sempre maggiori sono le leggi statutarie, anche in diritto penale?

O stiamo in realtà parlando di cose del tutto diverse, perché non c’entra nulla il *common law* con il diritto giurisprudenziale maturo del nostro sistema?⁷

Può dunque la prevedibilità quale limite applicativo – attraverso un divieto di retroattività delle nuove interpretazioni-normazioni ermeneutiche *in malam partem* – rappresentare una panacea, una sanatoria per il cd. creazionismo giudiziario⁸?

Queste domande devono trovare una risposta muovendo dall’assunto consolidato secondo il quale le soluzioni giudiziali casistiche e la riserva di legge sono in *potenziale conflitto costituzionale*⁹, ma solo

applicare una figura di reato a una certa condotta, proprio il fatto che non lo si sia esplicitamente escluso è una prova ancora più forte della innovazione che si vorrebbe introdurre.

3. Per questa immagine v. M. Papa, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 15 ss., pp. 61 ss.

4. Sulla categoria del *Typus* nell’ermeneutica giuridica v. A. Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e “natura della cosa”. Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, pp. 53 ss., pp. 70 ss.; v. pure sul punto O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 49 ss.; G. Carlizzi, in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 121 ss.; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik* (C. Heymanns, 1968), tr. it. *Fattispecie e tipo*, ESI, Napoli, 2007, pp. 73 ss., pp. 98 ss., pp. 3 ss. e spec. pp. 166-177 (sulla spirale), pp. 180-187 (sul tipo), pp. 237 ss.; G. Zaccaria, *L’analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1535 ss.; v. pure più di recente G. Carlizzi, *Tipo normativo ed ermeneutica penale. Profili storico-concettuali e prospettive teorico-pratiche*, in *Ars interpretandi*, 2016, pp. 109 ss. nonché quanto osservato in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *DPC*, 6 giugno 2016, www.penalcontemporaneo.it/d/4793-il-diritto-giurisprudenziale-penale; pp. 1 ss., poi in *DPC*, *Riv. trim.*, n. 3/2016, pp. 13 ss., § 7.

5. Cfr. V. Manes, “Common law-isation del diritto penale”? *Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, *Cass. pen.*, 2017, pp. 955 ss.; Id., *Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”*, in *DPC*, 17 gennaio 2018, pp. 1 ss., www.penalcontemporaneo.it/d/5817-dalla-fattispecie-al-precedente-appunti-di-deontologia-ermeneutica.

6. Cfr. D. Vetri, *La morte del common law*, in *Politica dir.*, 1994, pp. 495 ss.; U. Mattei, *Il modello di common law*⁴ Giappichelli, Torino, 2014, pp. 283 ss. Come ricorda P.G. Monateri, voce *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Sezione civile, Utet, Torino, 1993, vol. X, pp. 34 ss., nota 218, «i sistemi di *Civil Law* hanno vissuto molto più a lungo senza codici, di quanto non abbiano vissuto con essi, così come il *Common Law* ha vissuto molto più senza la regola obbligatoria del precedente vincolante, che non con essa. I luoghi comuni della comparazione sono stati edificati sulle differenze degli ultimi due secoli soltanto».

7. Di particolare valore informativo su miti e verità della differenza tra *civil* e *common law* sul punto, M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, pp. 67 ss. e qui la nozione di creazionismo giuridico come ricevuta concezione continentale del diritto come creazione legislativa (*ivi*, pp. 68 ss.): «come un dio crea il mondo...così il legislatore crea il diritto: persino quando questo ha chiare origini consuetudinarie e giudiziali» (*ivi*, pp. 75 ss.). In prospettiva comparata ed europea, sulle forme di *case law* dispiegate ovunque, cfr. G. Hager, *Rechtmethoden in Europa*, Mohr, Tübingen, 2009.

8. V. contro tale fenomeno, programmaticamente, L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2017 (il creazionismo “giudiziario” di Ferrajoli è cosa ben diversa dal creazionismo “giuridico” di Barberis, che afferma un importante ruolo costruttivo della giurisprudenza, in *civil*, come in *common law*, e dunque la mitologia del diritto legislativo come pura creazione del Parlamento).

9. Per tale assunto, sia pur espresso in un *obiter dictum*, v. C. cost. n. 109/2017, dove al § 3.1, scrive la Corte: «il criterio casistico cui sarebbe in tal modo consegnata l’identificazione della natura penale della sanzione potrebbe porsi in problematico rapporto con l’esi-

qualora il diritto giurisprudenziale risulti illegittimo, o in violazione di diritti umani, non per la parte fisiologica della sua espressione.

2. Brevi premesse sull'ermeneutica penale

Prima di offrire una risposta alle domande formulate, pochi chiarimenti terminologici e concettuali.

Da quasi un ventennio, intendo per “disposizione”, secondo un lessico consolidato da più tempo nella teoria generale del diritto, l'enunciato generale e astratto del legislatore, la regola legale scritta; e per “norma”, il contenuto interpretato di quella disposizione, il risultato dell'interpretazione, quello che trova applicazione in concreto, effetto dell'operazione che tra le diverse letture delle parole della legge ne sceglie una: di volta in volta una lettura per ogni parola diversamente componibile con gli altri modi di intendere tutti i possibili significati¹⁰.

La disposizione sta alla norma come la legge sta al diritto. Questa ricezione e rielaborazione di una nota distinzione già di Vezio Crisafulli, presenta come vedremo *profili di garanzia* presenti solo nella sua specifica applicazione al diritto penale, che è la materia più distante da forme di letture dell'interpretazione in funzione costitutiva e costruttiva, non meramente dichiarativa e riproduttiva.

Eppure, anche in diritto penale l'“interpretazione della legge” equivale alla scelta di una “norma”: attività che per la parte maggiore è ricognitivo-descrittiva, ma per una parte non predeterminabile è decisoria e valutativa.

L'interpretazione della legge in astratto, infatti, è un esercizio teorico, dottrinale, didattico, anche legi-

slativo, che se pure è finalizzato a scopi pratici, può prescindere dai casi già verificatisi, ma ciò avviene sistematicamente e necessariamente soprattutto nella lettura di leggi nuove, mentre la rielaborazione del contenuto normativo di leggi già operative da tempo riattualizza e considera il deposito ermeneutico di anni e a volte decenni.

Già nella riscrittura di vecchie norme, o nella loro modifica mediante elementi specializzanti o aggiuntivi, si “tiene conto” (da parte dello stesso legislatore e poi dell'interprete) del *deposito ermeneutico* del passato – un passato a volte plurisecolare! –. Quanto alle leggi già applicate o da applicarsi, la loro comprensione cede il passo all'immediato adattarsi a una vicenda processuale. L'applicazione della legge ai casi implica sì, dunque, una “pre-comprensione” del testo. La *Rechtsanwendung*, peraltro, mette in gioco anche un riadattamento del testo e anche una sua successiva “rilettura” a fronte dei casi ad esso ricondotti (la rilettura della disposizione dopo la conoscenza della casistica: dell'enunciato di legge attraverso il commentario dottrinale e giurisprudenziale sottostante), e la sua capacità di essere sufficientemente elastico per “reggere il confronto” con una realtà in continua evoluzione è oggi vista come una qualità della legge, e non come un suo difetto¹¹.

Sul piano epistemologico l'interpretazione *di testi normativi* non è una attività in sé “scientifica”, se non in un significato alternativo a quello dei saperi epistemico-nomologici: non solo non riflette procedimenti meramente deduttivi, cioè sillogismi perfetti¹², ma neppure induttivi generalizzanti da basi sperimentali come quelli delle scienze naturali; l'indagine tassonomica, la costruzione di modelli ipotetici, la vita di laboratorio, il pensiero storico-genetico, il ragionamento probabilistico non caratterizzano l'er-

genza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'articolo 25, secondo comma, Cost.». La sentenza verteva sul tema della retroattività di nuove sanzioni amministrative punitive riguardanti illeciti depenalizzati, che gli organi remittenti volevano sottoporre a un vaglio casistico dei *criteri Engel* per stabilire in quali casi si dovesse ritenere sostanzialmente penali le sanzioni amministrative degli illeciti depenalizzati e sottrarle in tal modo a effetti retroattivi.

10. M. Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica*, (*Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 27 ss., poi) in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 11 ss., § 3. Per una esposizione più ampia e di sintesi Id., *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, cap. II, pp. 87 ss., pp. 99 ss., con vari riferimenti. Nella attuale letteratura penalistica la distinzione si sta diffondendo. Cfr. per es. il n. 3/2018 della *Riv. it. dir. proc. pen.*, e gli scritti di Ronco, Paliero, Demuro e Amarelli. Ulteriori richiami extrapenalistici proprio in G.P. Demuro, *L'interpretazione sistematica in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1121 ss. Questa nuova apertura epistemica del penalista è percepita anche dai più attenti teorici del diritto: cfr. G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Il Mulino, Bologna, 2016, § 1.3.

11. Espressamente, C. Edu Scoppola c. Italia, 17.9.2009, § 99 ss.; Sez. Unite penali 21.1.2010 (dep. 13.5.2010), n. 18288, Beschi, §§ 6-8.

12. Il *sillogismo giudiziale* è successivo all'interpretazione, ma se questa ha conosciuto un riadattamento al caso, non si tratta più di applicare ad esso una “norma” che prescinde del tutto dal caso stesso, e dunque c'è un nesso originario e costitutivo fra *applicatio* e *interpretatio*. Tuttavia, il sillogismo, anche quello previsionale del cittadino, resta un paradigma alternativo alla mera casistica: è coerente al mantenimento della fattispecie. Per questo ne ho difeso, a suo tempo, il valore permanente, benché relativo. Cfr. *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 33 ss. (§ 16). Abbandonato il sillogismo resta solo l'analogia tra i casi, con la loro prevedibilità. Ma questo è il *common law*.

meneutica giuridica¹³; le cd. discipline *ermeneutiche* che rientrano tra le *scienze dello spirito o della cultura*, e comunque nel novero delle *scienze umane*, e nel cui ambito si colloca la giurisprudenza, che peraltro è anche *scienza sociale*¹⁴, non sono scienze perché sia tale l'interpretazione, ma perché lo è l'organizzazione complessiva del sapere che ne deriva.

Tutto ciò, peraltro, non costituisce una “debolezza” dell'ermeneutica, ma una sua specifica identità di disciplina autonoma¹⁵.

L'interpretazione normativa, in ogni caso, non riflette passivamente, ma *in parte* produce il suo oggetto di conoscenza ed è spesso molto valutativa; inoltre, *l'ars interpretandi* obbedisce in effetti a criteri e regole di correttezza e anche (in diritto penale) a divieti, esistendo una *intentio operis* (cioè della legge), una *intentio auctoris* (cioè del legislatore) e una *intentio lectoris* (cioè dell'interprete)¹⁶ che non si possono negare o assimilare riducendole a un'unica dimensione (per es. solo oggettiva o solo soggettiva): ogni riduzione dell'ermeneutica a interpretazione solo oggettiva o solo soggettiva è un falso ideologico¹⁷.

La complessità di questa attività si riduce molto nei casi ordinari, più semplici, gestibili con sicurezza in virtù spesso della soluzione acquisita di questioni che un tempo furono controverse.

Peraltro, pur con tutta la consapevolezza di un complesso di regole e metodi, il margine di discrezionalità, in una serie non predefinita di “casi difficili” (*hard cases*) fa dell'interpretazione giuridica

un'attività che presenta *un tasso di politicità* lasciato all'interprete, e dunque al giudice, già secondo una corretta lettura della divisione dei poteri: che non è mai stata, se non in periodi storici circoscritti e in casi emblematici sempre falliti, quella del divieto di interpretazione¹⁸.

Per tutte queste ragioni è corretto affermare che l'interpretazione utilizza parametri di rigore scientifico, di controllabilità, in parte di falsificabilità logica o storica (rispetto a paradigmi consolidati), ma *non esaurisce in sé stessa ciò che può fare della giurisprudenza una scienza*¹⁹. Lo studio del diritto vanta una dimensione scientifica per tutta una serie di ragioni e ulteriori attività (di sistematica, dogmatica, organizzazione concettuale, costruzione legislativa, verifica di congruenza, di compatibilità con principi superiori, di analisi storico-comparata etc.) diverse rispetto alla semplice interpretazione in vista dell'applicazione della legge ai casi: ragioni e attività che, insieme, sono utilizzabili dall'interprete e pertanto servono a rendere l'attività interpretativa più collaudata e accettabile.

3. Il rapporto fra interpretazione, politica dell'interprete e scienza giuridica

Che *l'interpretazione sia sempre politica* è una valutazione sottesa, nella storia dell'ermeneutica giuridica, non solo a posizioni come quella penali-

13. Sugli “stili” di pensiero scientifico cfr. I. Hacking, *The scientific reason* (2008), tr. it. *La ragione scientifica*, Castelvechi, Roma, 2017, pp. 37 ss.

14. Si consenta il rinvio a M. Donini, *Scienza penale e potere politico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 95 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 2004, capp. 6 e 9.

15. All'illuminante ricostruzione di R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (1979), tr. it. *La filosofia e lo specchio della natura*, Bompiani, Milano, 1986, pp. 239 ss., pp. 274 ss., pp. 291 ss., che radicalizza la differenza fra le discipline rispecchianti-conoscitive (epistemiche) e quelle ermeneutiche, che sarebbero educativo-edificanti e che non hanno lo scopo di “conoscere”, ma semmai produrre, costruire, formare, va aggiunto che le discipline ermeneutiche mirano in realtà anche a un differente modo di “intendere”, diverso appunto dal conoscere per leggi. Ciò che appartiene a un comune *background* culturale delle *Kulturwissenschaften*, da Dilthey a Gadamer. Ma una cosa è la scienza giuridica (essa stessa ermeneutica ma anche scienza sociale) e altra cosa l'interpretazione (suo momento). Che lo *scire per causas* appartenga al modello epistemico migliore per la costruzione delle leggi e anche di quelle penali (non mere leggi-decalogo, ma progetti di politica sociale), lo si è più volte evidenziato (v. per es. gli scritti cit. *supra*, nota 14), senza che ciò comporti un abbandono del momento ermeneutico della giurisprudenza.

16. U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, pp. 22 ss.

17. Essendoci una influenza reciproca fra il testo tradotto e il traduttore, così come fra l'interpretante e l'interpretato. Liberatorio e istruttivo W. Benjamin, *Il compito del traduttore*, in Id., *Schriften*, Suhrkamp, 1955, tr. it. *Angelus novus. Saggi e frammenti*, Einaudi, Torino, 1962, pp. 39 ss.

18. Sulla storia delle leggi interpretative e dei divieti di interpretazione v. più in generale G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, cit., pp. 241 ss., pp. 287 ss.

19. Ovviamente metto in conto l'opinione minoritaria che vorrebbe escludere del tutto la giurisprudenza dal campo delle scienze (eliminando dunque le “scienze giuridiche” dal campo epistemologico della cultura). Sulle *aporie* di questa disciplina che comunque rimane in senso stretto scientifica rinvio allo scritto cit. *supra* a nota 14. V. sul piano storico l'istruttiva ricostruzione di J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*², München, Beck, 2012.

sticamente famosa di Cesare Beccaria sul divieto di interpretare leggi penali²⁰, ma anche a tutti i celebri interdetti all'interpretazione delle leggi che, dalla legge delle citazioni e poi da Giustiniano in poi, si sono succeduti nella storia²¹.

Tuttavia la cultura contemporanea ritiene che esistano regole di interpretazione capaci di obiettivizzare i parametri di un uso corretto del testo, nella tripla dimensione delle diverse "intenzioni" di autore, lettore e opera²².

La politica ermeneutica è intesa come una politica "im kleinen", in piccolo, di carattere derivato, quasi nullo nei numerosissimi casi facili, più ampio nei casi difficili la cui decisione peraltro è affidata al giudice e non al legislatore.

Se l'interpretazione fosse sempre politica in senso stretto, e non tecnica in senso stretto, come si potrebbe fondare una scienza giuridica che alla base abbia proprio l'interpretazione?

Una scienza che promette garanzie, prevedibilità e certezza, ma basata su opzioni di politica contingente che scienza è, se costruita su tali palafitte?

D'altro canto, l'attività giudiziale è applicativa esattamente come quella del chirurgo rispetto al ricercatore medico di laboratorio. Che cosa se ne fa dunque un operatore pratico dei libri di scienza, se deve decidere e non meramente conoscere? Deve decidere conoscendo. Ma applicando compie scelte, non mere deduzioni.

L'opera ermeneutico-applicativa presenta peraltro diversi livelli di elaborazione.

Essa consiste in *tre attività di fondo* rispetto al diritto positivo vigente (altra cosa lo studio *de lege ferenda*):

- la conoscenza della legge come diritto, nei suoi contenuti normativi *generalizzanti*; in questo ambito rientra oggi anche *la stessa ricerca del diritto applicabile*, delle fonti e relative gerarchie etc. (*Rechtsfindung, Rechtsauslegung*): problema neo-medievale di sistema delle fonti, tra gerarchie e reti; nonché vi rientrano le di-

verse tipologie di *interpretazione conforme* a costituzione e fonti Ue (*Verfassungs- Ee- konforme Auslegung, consistent interpretation*);

- l'applicazione corretta del diritto ai casi. Quella che i tedeschi chiamano *Rechtsanwendung*²³, che comprende spazi necessari di concretizzazione della legge rispetto ai casi (*Konkretisierung*)²⁴ e di "sussunzione" di tipologie di condotte nella regola; come esempi di concretizzazione delle regole per es. si possono indicare i seguenti: anche il "bacio profondo" è atto sessuale; anche tirare i capelli è una percossa, anche ricevere su un conto corrente la provvista di denaro proveniente da un delitto non colposo è riciclaggio, se effettuato per impedirne l'identificazione; anche la somministrazione di stilbenici ad animali vivi è adulterazione di sostanze alimentari; anche la contaminazione industriale della falda acquifera è corruzione di acque ecc.;
- la ricostruzione del diritto *dopo l'applicazione ai casi*. Quella che nel lessico tedesco si definisce la *Rechtsfortbildung*²⁵. È un compito specifico del genere letterario del "commentario" giuridico. Il "Commentario", infatti, se è orientato alla prassi, non è un'opera di mera ricerca scientifica, ma contiene il deposito di tanti studi scientifici, riutilizzati in chiave applicativa: ne esalta il valore operativo per il quale sono stati elaborati. A seconda dei casi, non è richiesto che abbia l'originalità della ricerca, ma che sistematizzi i risultati di questa in funzione della prassi applicativa, e nel far ciò attua una "progressione giuridica" del sistema.

Il diritto è oggetto della conoscenza, ma anche risultato della elaborazione scientifica (= il sapere scientifico serve per decidere, non decide esso stesso), non della mera produzione giurisprudenziale, che rappresenta solo un momento, un polo, della dialettica con la legge.

20. *Amplius* sul punto il nostro *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764)*, § 4: "Interpretazione delle leggi", in *Diritto pen. XXI Secolo*, 2014, pp. 245 ss.

21. Cfr. quanto osservato in M. Donini, *Lettura critica di Corte cost. n. 115/2018*, in DPC 11 luglio 2018, pp. 1 ss., poi in DPC, *Riv. trim.* n. 2/2018, pp. 225 ss.

22. Sempre U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, cit., pp. 325 ss., pp. 333 ss., seguendo Peirce, ammette che la semiosi è (potenzialmente) illimitata, potendo i diversi interpreti attribuire nel tempo al testo significati che variano anche in funzione dei loro orizzonti di contesto attuali: tuttavia differenzia tale semiosi dalla "deriva ermetica" e dalla deriva decostruzionista alla Derrida, in quanto l'interpretazione infinita ha limiti costituiti dalla "comunità di esperti" ai quali l'interprete rivolge la sua lettura "e questa comunità deve essere strutturata e disciplinata tenendo conto di principi sovra-individuali" (ivi, 336).

23. Cfr. Il nostro *Disposizione e norma*, cit., e la letteratura ivi richiamata a nota 30.

24. K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung im Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Carl Winter, Heidelberg, 1968.

25. Cfr. K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, Tokyo, 1983, pp. 351 ss. (Kap. 5)

Perché diventi *sapere scientifico* è necessario che quella dialettica sia inserita in un discorso sistemico più generale, fra l'altro non meramente nazionale. Questo fa della scienza giuridica un prodotto non nazionalistico, ma internazionale. Una *conoscenza nazionale* sarebbe una scienza nazionale, cioè una non scienza, ma una politica del diritto²⁶. La scienza può solo essere internazionale²⁷.

Se si entra in un'aula di Tribunale ci sono autorità pubblica e anche autoritarismo, c'è *streptus fori*, c'è battaglia per i diritti, passione civile.

Se si entra in biblioteca, a parte i controlli istituzionali, c'è il silenzio degli studiosi, la contemplazione attiva della mente, unica *auctoritas*.

Entrambe queste dimensioni sono necessarie, ma solo una è scientifica.

Senza il retroterra della scienza le sentenze sono solo una serie di decisioni, perché non è vero che la ragione pubblica sia costituita dalla *Supreme Court*, come scrisse Rawls: la *Supreme Court* senza il raccordo di un sapere dottrinale farebbe solo decisioni tecnico-politiche. E infatti, quando si allontana da quei paradigmi epistemologici prende continuamente decisioni politiche e contingenti.

4. Casi facili. *Semper applicatio sine interpretatione*. La distinzione tra prevedibilità e certezza

Assumo come un dato di partenza – che non metto qui in discussione, anche se si potrebbe farlo, come per ogni assunto postulativo – che esistono “casi facili”²⁸: vale a dire casi che nella prassi non richiedono tempo da dedicare alla interpretazione giuridica della norma generale e astratta, in quanto pacificamente vi rientrano.

L'interpretazione previa ovviamente c'è (stata), ma è intuitivamente presupposta e non rielaborata.

Nell'attività quotidiana il magistrato vive la maggior parte dei procedimenti – un po' meno quando diventano processi – come soluzione di casi facili. Se

pensa di migliorare le sue statistiche, deve anzi puntare sui casi facili o trattare i casi in modo da semplificarli, adottando le soluzioni più agevoli da motivare o istruire.

La “semplificazione dei casi” è una specifica attività del magistrato attento a eliminare o non aumentare l'arretrato e a decidere rapidamente; la “complicazione dei casi”, viceversa, è una specifica predisposizione dell'avvocato, quando ciò serve concretamente a sostenere le ragioni della difesa o a indebolire quelle dell'accusa.

Chi ha passione per il diritto, sa che la semplificazione dei casi è un impoverimento della sua attività, che da intellettuale diventa esecutiva e burocratica; tecnica può esserlo in entrambi i casi: la tecnica non è di per sé un ostacolo al pensiero e all'approfondimento giuridico.

Quando i casi sono facili o semplificabili, la prevedibilità della decisione è maggiore. Più esattamente: la prevedibilità della sussunzione del fatto sotto una determinata disposizione legale è direttamente proporzionale alla facilità del caso.

Caso facile sta anche per *caso consolidato*, pur non essendo sinonimi.

Il caso può essere facile anche in presenza di prime applicazioni di una nuova regola; il caso consolidato, invece, può risultare da una lunga e tormentata diatriba ermeneutica, poi risoltasi in una acquisizione autoritativa (per es. della Sezioni unite) o comunque “riconosciuta” nella prassi e anche in letteratura.

Ovviamente, una volta consolidato, il caso difficile diventa facile e la sua prevedibilità è ora massima. Ma può anche accadere che ritorni complesso, perché *yesterday's easy case may be today's hard case*²⁹.

La presenza di controversie, invece, rende il diritto incerto, ma non solo per questo imprevedibile: è del tutto prevedibile che una fattispecie sia ricondotta o alla soluzione a) o a quelle b) e c).

Nel dibattito più recente originato dalla nota giurisprudenza della Corte Edu in materia di divieto di retroattività dei mutamenti giurisprudenziali impre-

26. Cfr. tra i vari interventi sul tema M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. XIV, Utet, Torino, 1999, § 7, pp. 236 ss.; Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., cap. 4; Id., *Scienza penale e potere politico*, cit., pp. 99 ss., pp. 121 ss.

27. “Manuali” che già nel titolo recano l'origine nazionale, propria del resto di tutti i principali manuali, come il “Diritto penale italiano” di Filippo Grispigni, o quello di Sergio Vinciguerra, o “Das deutsche Strafrecht” di Hans Welzel o il “Deutsches Strafrecht” di Rein Mauraich, non sono prodotti meramente nazionali: il nucleo *scientifico* di quei manuali era e resta non nazionale. Quello nazionale è la applicazione della scienza a un ordinamento determinato. La scienza infatti aiuta a *produrre* e non solo a *descrivere* lo stesso diritto nazionale. Sulla necessaria funzione di *legittimazione giuridica* del prodotto scientifico (anche di rielaborazione costituzionale e sovranazionale delle leggi interne), compito non meramente descrittivo-avalutativo, v. quanto osservato in Donini, *Massimo Pavarini e la scienza penale*, cit., pp. 4 ss.

28. *Amplius* M. Donini, *Disposizione e norma*, cit., § 6.

29. La citazione di K.S. Abraham è in M. Barberis, *Contro il creazionismo giuridico*, cit., pp. 101.

vedibili e sfavorevoli, si è parlato spesso di “prevedibilità delle decisioni”³⁰.

Questa espressione, che ha un’indubbia valenza comunicativa, è peraltro impropria e potrebbe indurre a qualche confusione concettuale.

La prevedibilità della decisione su un caso è quanto di più problematico, il più incerto dell’esperienza processuale³¹, perché il caso concreto, il caso processuale è frammisto di numerosi problemi sostanziali e processuali appunto, la cui decisione può offrire alle parti e al giudice aspetti risolutivi del tutto imponderabili *ex ante*: divieti probatori, inutilizzabilità di prove o atti, condotte sopravvenute, interpretazioni e leggi sopravvenute nazionali e non, condoni, trasformazione consistente della lettura degli atti attraverso le prove sopraggiunte nel frattempo e nuove qualificazioni dei fatti, la sostituzione di un giudice, il mutato “clima” politico etc. Insomma, la decisione del caso è assai meno prevedibile del diritto astrattamente applicabile al caso. Prevedibile deve essere il diritto (legge + interpretazione), mentre la sua applicazione al caso e l’intreccio di questa applicazione con altri aspetti storico-processuali presenta margini di incertezza assai maggiori³².

5. Due tipi di giudicanti e di *regulae iuris*

Esistono fondamentalmente *due approcci* all’applicazione giudiziale, e idealmente *due tipi* di *giudicanti*, rispetto ai quali la regola non è più vista solo come norma di condotta (la norma-precetto per il consociato), ma anche e soprattutto di giudizio (la premessa di un possibile sillogismo giudiziale):

- a) la regola è uno schema rigido, nel quale sussumere i fatti; è l’approccio di chi tende a “schematizzare” ogni vicenda in modelli normativi

precostituiti: non c’è nulla di nuovo, tutto va ricondotto a tranquillizzanti paradigmi, senza mai forzarli. È il fatto, piuttosto, che deve “piegarsi” al diritto; il giudice non compie sforzi particolari, classifica, deduce e lavora così più velocemente; fa sillogismi secondo la perfetta tradizione postilluministica;

- b) la regola è un parametro flessibile, che va conformato ai fatti, concependolo come un regolo lesbio, che «si adatta alla forma della pietra e non rimane saldo». Il suo paradigma fu scolpito da Aristotele nell’*Etica Nicomachea*³³: «E questa è appunto la natura del conveniente, di correggere la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in universale. E la causa che del non esser ogni cosa inclusa nella legge è il fatto che intorno ad alcuni particolari è impossibile porre una legge fissa, per cui v’è bisogno della decisione d’assemblea. Infatti di ciò che è indeterminato, anche la forma deve essere indeterminata, come è il regolo di piombo che si usa nell’edilizia di Lesbo: esso infatti si piega alla forma della pietra e non rimane rigido, e altrettanto è del decreto rispetto ai fatti».

Questo secondo giudicante perderà molto più tempo e produrrà risultati meno prevedibili.

Peraltro *entrambi questi punti di vista*, che ipotizzano due diversi modelli generali di applicare la legge, uno particolarmente certo e forse disumano, vicino al paradosso *summum ius, summa iniuria*, l’altro particolarmente incerto e concreto, per il quale il diritto è per l’uomo e non l’uomo per il diritto, *possono coesistere* nella stessa persona.

Essi sono validi nella misura in cui rispondono a due differenti tipi di *regulae iuris*: le *regole di condotta* e le *regole di giudizio*³⁴.

30. Per es. F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *DPC*, 19 dicembre 2016, www.penalcontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale; v. pure G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Laterza, Roma, Bari, 2017, pp. 144 ss. Per un’utile ricostruzione aggiornata della giurisprudenza europea sul tema v. S. De Blasis, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell’esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *DPC*, 17 dicembre 2017 www.penalcontemporaneo.it/d/5754-oggettivo-soggettivo-ed-evolutivo-nella-prevedibilita-dellesito-giudiziario-tra-giurisprudenza-sovi, poi in *DPC, Riv. Trim.*, n. 4/2017.

31. Cfr. F. Sgubbi, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 1193 ss.; v. altresì C. Bernasconi, *Alle radici dell’imprevedibilità del diritto giurisprudenziale*, in *Criminalia*, 2016, pp. 193 ss.

32. Cfr. pur se da differenti punti di vista H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas Libri, Milano, 1974, pp. 168 ss.; K. Popper, *Previsione e profezia nelle scienze sociali*, in Id., *Conjectures and Refutations*, tr. it., *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 571 ss.

33. Aristotele, *Etica Nicomachea*, Libro V, 1137b.

34. Mi riferisco alla distinzione penalistica tra *rules of conduct* e *rules of adjudication*: M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: on acoustic Separation in Criminal Law*, in *Harvard L. Rev.*, 1984, pp. 625 ss., pp. 630-632; P. H. Robinson, *Rules of Conduct and Principles of Adjudication*, in *University of Chicago LR*, 1990, pp. 279 ss.; G. P. Fletcher, *Basic Concepts of the Criminal Law*, Oxford University Press, 1998, tr. it., *Grammatica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 139 ss., pp. 142 ss.; P.H. Robinson, *Structure and*

Il giudice che rifiuta la concretizzazione del diritto e delle stesse regole di condotta sui casi (norme incriminatrici, in primo luogo), non è un buon magistrato, perché non adempie ai doveri di individualizzazione del diritto e di differenziazione della legge.

Tuttavia qualunque giudice deve applicare non solo regole di condotta (dirette ai cittadini, universali), ma anche regole di giudizio, dirette più al giudice: norme che riguardano scusanti, l'imputabilità, la pericolosità, oppure criteri di commisurazione della pena, la valutazione delle circostanze, i giudizi di prognosi etc.

Qui il profilo della prevedibilità del diritto è diverso. Tutti si aspettano che siano la giurisprudenza e la tradizione ermeneutica – e non le assemblee parlamentari per fortuna, né la «democrazia penale» da sondaggio giornalistico oggi in voga – a *definire compiutamente* gli istituti del dolo, della colpa, dell'offensività, della partecipazione al reato, etc. perché nessun legislatore del mondo è riuscito a farlo in modo davvero preciso o esaustivo, o tecnicamente affidabile, fino a oggi.

6. Casi difficili: *nulla interpretatio sine applicatione*

Secondo una opinione diffusa tra gli ermeneutici contemporanei, nessuna regola potrebbe essere interpretata prima, e al di fuori, della sua applicazione ai casi³⁵. Per ogni regola varrebbe il principio *nulla interpretatio sine applicatione*. Anche per i cd. casi facili³⁶.

La lettura astratta della disposizione a tavolino non sarebbe perciò abbastanza istruttiva non appena ci si misura col caso, perché solo da questo incontro prenderebbe davvero corpo la regola, rivitalizzando la sua anima, il "Typus" che essa contiene³⁷, al raffronto con la prassi.

Questo approccio contiene a mio avviso un eccesso di ideologia ermeneutica della complessità che non trova riscontro nell'attività quotidiana del giudicante. Il giudicante di tipo a) descritto sopra (§ 5 *retro*) non reinterpreta proprio nulla, se non di fronte alle leggi nuove o a casi particolari innovativi di leggi consolidate. Trova un deposito ermeneutico a disposizione e lo impiega in modo semiautomatico. *Semper applicatio sine interpretatione*.

Nei casi difficili o in quelli nuovi, invece, è del tutto corretta l'idea che solo dall'incontro col caso emerge la sua soluzione ermeneutica: c'è un contributo conoscitivo che il caso offre alla comprensione dell'enunciato e il diritto che ne consegue, pur essendo spesso riconducibile al testo *come se fosse* una lettura "dichiarativa" e non costitutiva della norma, non nasce da un'operazione deduttiva o meramente applicativa.

È questo il terreno più insidioso, dove mentre la tradizione riporta ideologicamente tutto alla *voluntas legis*, il destinatario delle leggi sa bene che ha appreso solo dalla giurisprudenza quel contenuto. Ed è dunque *ideologica* la tesi che maschera il diritto con la legge, perché in realtà non sono uno la mera "spiegazione" dell'altra³⁸.

Function in Criminal Law, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 81 ss., pp. 95 ss. La distinzione tra regole di condotta e regole di giudizio, nella teoria delle norme più in generale, viene fatta risalire a Bentham (richiami in M. Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules*, cit., 626) e trova nelle norme primarie e secondarie (o "di giudizio") di H. Hart (*The Concept of Law*, 1961, tr. it., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, 97 ss., 111 ss., 115) un significativo approfondimento.

35. Per es. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 18 ss., cap. II e III e pp. 253 ss., pp. 2 ss.; G. Carlizzi, in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 92 ss.; M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 53 ss.; Id., *Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 2015, tomo I, pp. 131 ss., pp. 162 ss. V. pure G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Esi, Napoli, 2001, pp. 299 ss., pp. 303 ss. (anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, pp. 353 ss.).

36. Per es. W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, tr. it. cit., pp. 166 ss.; J. Hruschka, *Die Konstitution des Rechtsfalles* (1965), tr. it. *La costituzione del caso giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2009. A. Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, München, 1999, pp. 1 ss., pp. 81 ss. Infatti una parte degli studiosi contesta la stessa sussistenza di casi facili o la praticabilità di una precisa distinzione rispetto agli *hard cases*. Resta il fatto che se si colloca la comprensione della regola al momento in cui si studiano i casi, che succedono *dopo* l'emanazione della regola, si riduce fortemente la prevedibilità del diritto al momento del fatto commesso *prima*. Questa elaborazione (del resto sorta in epoca lontana dalla attuale sensibilità) pare troppo attenta alla libertà ermeneutica del giudice e poco rispettosa dei diritti del destinatario delle norme. Per una problematizzazione, cfr. G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, cit.

37. Sul Typus cfr. la lett. cit. *retro*, nota 4. Il Typus non è il fatto tipico tassativo della fattispecie legale, ma un'essenza normativa ad essa sottostante, che sta tra la realtà e il normativo: è un "universale in re", non un "concetto", solo spiegabile, ma non definibile, una sorta di via mediana ("*Mittelhöhe*", "altezza media") tra il generale e il particolare (A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1997, 127). Mentre il concetto è "chiuso", il tipo è "aperto" (*ibidem*). Il concetto ammette sussunzione e segue una logica binaria, sì/no (*Trennungsgedanken*); il tipo, invece, è sempre un più o meno, sotto il segno di una logica *fuzzy* (*Op. loc. ult. cit.*). Ce n'è quanto basta per suggerire aperture a soluzioni – per definizione – non predeterminabili concettualmente.

38. Ciò vale a maggior ragione per tutte le "precomprensioni" di sistema (e non solo del singolo giudicante!) che ogni norma, calata nell'ordinamento, deve tenere presenti per essere applicata. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat*.

7. La versione penale del bisogno di “colmare le lacune” della punibilità e il suo conflitto con i principi di frammentarietà e sussidiarietà, oltre che di legalità

Un mito di *civil law* è l'ideale della riconducibilità di tutti i casi al diritto astratto precostituito, espressione del dogma della completezza dell'ordinamento giuridico.

Censurato da quasi tutti i teorici dell'interpretazione e dell'ordinamento giuridico del Novecento, questo mito della completezza è oggi svanito, ma lascia dietro di sé abitudini e resistenze. Dal giudice ci si attende una risposta positiva, escluso il *non liquet*. In diritto penale questo modo di procedere invita a letture che non lascino vuoti di tutela. Eppure si tratta esattamente di un modo di procedere contrario all'essenza del diritto penale come complesso di norme di garanzia e che lo vorrebbe convertire solo in norme di tutela (o mezzi di lotta!). Il giudice penale che colma lacune sta dalla parte non del diritto, ma o di un soggetto privato: la presunta vittima, di cui allarga le pretese riconosciute; o dalla parte delle esigenze di riforma che il Parlamento ha ommesso di attuare.

Il diritto, invece, gli vieta di colmare lacune ed esattamente per questo esistono migliaia di singole fattispecie, anziché una clausola generale del tipo: «chiunque cagiona ad altri un danno ingiusto... è punito»³⁹. Banalità triviale, ma occorre ricordarla, *oggi*.

Questo carattere frammentario⁴⁰ del diritto penale, che impone il divieto di analogia *in malam partem* quale *postulato costituzionale identitario* di tutta la disciplina, è conforme anche al criterio dell'*ultima ratio* del diritto penale – mentre fa del diritto penale una *prima ratio* chi pensa di colmare le lacune penalizzando a tappeto in qualche settore – e non è superabile attraverso l'*escamotage* ermeneutico del divieto di retroattività: una interpretazione estensivo-analogica non diventa lecita se applicabile solo alle fattispecie future. È illecita in sé senza sanatorie, per violazione dell'articolo 25 cpv. Cost. e delle corrispondenti regole europee convenzionali.

8. La differenza tra “norma”, “sottofattispecie” e “caso-norma”. Caso-norma, esempio applicativo e precedent

Se un enunciato normativo, una disposizione, può avere diverse interpretazioni di varie sue componenti, le interpretazioni danno luogo a diverse “norme”, nel senso che la combinazione delle varie letture di quelle componenti può condurre a intendere quella figura – per es. la bancarotta fraudolenta prefallimentare, la concussione o il concorso esterno nei reati associativi – in modo diverso già in chiave *generale e astratta*.

Queste diverse possibili figure generali interpretate sono diverse norme – non solo diverse interpretazioni! – e quella prevalente o adottata diventa la *norma vigente*⁴¹.

Non è questione nominalistica. È per garantismo che le qualificiamo norme, perché sia chiaro che possono innovare e vanno trattate come le nuove leggi anche se legittime. Chi le sottodimensiona a interpretazioni non garantisce la subordinazione del giudice alla legge – come magari pensa di ottenere – ma al contrario la subordinazione del cittadino a innovazioni giurisprudenziali retroattive.

All'interno di una norma, peraltro, coesistono diverse “sottofattispecie”, vale a dire nozioni generali e astratte di singole parti normative, o tipologie di condotte, che in ipotesi potrebbero esser diversamente interpretate, oppure eliminate – si pensi al concetto di *induzione*, che faceva parte della *concussione* nella sua originaria previsione, fino alla modifica del 2012 (l. 6 novembre 2012, n. 190) – e che o vivono di vita propria, perché configurano ipotesi speciali (per es. la truffa aggravata o l'estorsione aggravata, nelle loro varie figure, sono tutte “sottofattispecie” del reato di truffa e di estorsione), o che non hanno vita propria, ma costituiscono pur sempre modalità alternative di condotta (v. ancora ad es. la vecchia concussione per induzione, distinta da quella per costrizione, mentre oggi l'induzione indebita integra una autonoma figura di reato *ex* articolo. 319-*quater* cp: una “fattispecie” e non più una “sottofattispecie”).

39. Come chiarito in altre occasioni, qui non si censura il diverso stile ermeneutico del civilista. O dello storico del diritto privato. Non possiamo pensare di imporre ai privatisti le regole dell'ermeneutica penale, ma neppure accettiamo che civilisti e costituzionalisti, qualora prendano a modello soltanto i propri settori di disciplina, abbiano la pretesa di teorizzare sull'ermeneutica “in sé” o su quella penale in particolare. Per tali ragioni, si può contestare che abbiano valore “teorico-filosofico” *generale*, gli studi di ermeneutica che non tengono presenti gli aspetti specifici di discipline come il diritto penale, il quale pone anzi argomenti e problemi estremamente istruttivi per la teoria dell'interpretazione giuridica, tali da costituire un vero “banco di prova” per la generalità di elaborazioni gemmate altrove.

40. Una delle sue più belle rappresentazioni si trova in T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia e nella dogmatica*, in *Dir. pen. cont.*, n. 1/2015, pp. 51 ss., ora anche in Id., *Studi di storia del diritto penale moderno*, Esi, Napoli, 2018, pp. 145 ss.

41. La norma (penale), infatti, non contiene solo le poche parole del precetto legale, ma è composta dalla regola di condotta, da regole di parte generale e da criteri di imputazione, più la sua concretizzazione nei casi.

Fattispecie e sottofattispecie rispondono a norme proprie, anche se sono riassumibili in una unica norma generale.

Diversa è la figura del “caso-norma”, che costituisce un’ipotesi del tutto subordinata, applicativa, di una fattispecie o sottofattispecie⁴².

In un commentario sono per es. raccolti tantissimi “casi”, o tipologie di casi, riconducibili alla norma generale. Per es. statuendosi che un certo tipo di contributo è riconducibile alla figura del concorso esterno, mentre un altro contributo rientra nella partecipazione interna al reato associativo.

Il caso-norma però non è mai un caso individuale e irripetibile, ma al suo sorgere è innovativo: è norma in quanto esprime la riconducibilità o la sussumibilità di quella condotta nel perimetro della disposizione interpretata, secondo criteri di ripetibilità. E tuttavia innova rispetto al diritto consolidato prima rispetto a un caso “di questo tipo”. Nel suo statuto conosciuto c’è già un *medium* giuridico costituito dal diritto scritto, più che da un caso precedente.

Mutatis mutandis, qualcosa ricorda lo statuto gnoseologico del “precedent” in *common law*: il precedente quando “nasce” e diventa regola per il futuro è un fatto-norma ripetibile⁴³, ma solo se è innovativo

(non meramente confermativo di precedenti decisioni analoghe) acquista davvero lo statuto “normativo” di precedente⁴⁴, una volta che sia riconosciuto come tale non solo da chi lo ha giudicato ma, evidentemente, dalla... successiva giurisprudenza che, *case by case*, opera giudizi analogici particolareggiati tra i casi⁴⁵.

Il caso-norma, in *civil law*, non è peraltro un “sorta” di precedent⁴⁶: è come qualsiasi decisione giudiziale che applica una legge statutaria in diritto inglese o americano⁴⁷. Deve rispettare il paradigma legislativo, lo deve attuare e risultare ad esso riconducibile. Non è per questo aspetto un vero precedent⁴⁸.

Il problema del caso-norma, dunque, se si trattasse semplicemente di dire che una certa tipologia di fatti rientra perfettamente nella categoria di una definizione o parola della legge, non sussisterebbe: sarebbero solo esempi della regola.

Come dire: anche i neonati rientrano nel concetto di “uomo” ai fini del reato di omicidio; anche gli insegnanti di una scuola privata rientrano nel concetto di Pubblico ufficiale quando esercitano determinati poteri; anche le ecchimosi rientrano nel concetto di “malattia” del reato di lesioni personali; anche le persone giuridiche sono soggetto passivo di diffamazione; anche le auto parcheggiate in un cortile privato

42. Intendo il concetto di caso-norma in modo differente da quello ampiamente elaborato mediante il lessico della “Fallnorm” (norma-caso) nel suo monumentale studio di giurisprudenza comparata da W. Fikentscher, in particolare nel quarto volume del suo *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. IV, Mohr, Tübingen, 1977, pp. 202 ss., pp. 289 ss., pp. 336 ss. e *passim*. Secondo Fikentscher, che segue peraltro un modello sillogistico di ricostruzione dell’operato del giudice, la “proposizione giuridica” (Rechtssatz) in senso tecnico, da utilizzare come premessa maggiore del sillogismo, non è la disposizione legale, ma la norma che il giudice, partendo dalla disposizione, ricostruisce per adattarla al singolo caso. Ci sarebbe sempre, dunque, una “norma-caso”, una *Fallnorm*. Tuttavia, secondo Fikentscher, occorre distinguere tra le “norme-caso” che restano nel recinto della lettera della legge e quelle che lo oltrepassano. Mentre le prime soggiacciono al vincolo della legge, le altre sarebbero/dovrebbero essere sottoposte al vincolo del precedente (ivi, pp. 343 ss.). Va anche detto che, come spesso accade, il discorso dell’A., pur se presentato come di valore ermeneutico generale, non è modellato su materiali penalistici, ma extrapenalistici.

43. Cfr. L. Alexander, *Constrained by Precedent*, in *Univ. of Southern California Law Review*, 63, 1989, pp. 1 ss., poi in Id., *Legal Rules and Legal Reasoning*, Ashgate, Dartmouth, Aldershot, 2005, pp. 103 ss., pp. 119 ss., pp. 129 ss., nonché M.A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Harvard University Press, 1988, pp. 51 ss., pp. 62 ss.; F. Schauer, *Playing by the Rules*, tr. it. cit., pp. 47 ss., pp. 59 ss.; Id., *Do Cases Make Bad Law?*, in *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, pp. 85 ss. Di recente v. pure sempre F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione* (tr. it. di *Thinking like a Lawyer*, 2009), Carocci, Roma, 2016, pp. 77 ss. Riprendendo un’osservazione svolta anche in altro scritto, va detto che i “casi” hanno un valore giuridico in quanto non sono mere *quaestiones facti* (o casi individuali). Gli aspetti assolutamente irripetibili di un caso non possono rappresentare questioni di diritto. Diventeranno simili a un precedent solo potendo generalizzare alcuni aspetti in modo che, benché molto individualizzati, essi appaiano ripetibili, e dunque rilevino in qualche modo come ‘legge’, ‘norma’.

44. Nel senso che le “rules” create dalle leggi (*statutes*) non sono identiche alle disposizioni legali, dovendo essere costruite dall’interprete, e che la vera differenza tra di esse e le regole dei “precedents” dipende dal fatto che i precedenti sono “context-dependent”, mentre le leggi sono “context-independent”, G. Lamond, *Do precedents create rules?*, in *Legal Theory*, 2005, p. 18.

45. G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning* (2006), in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2016 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>; E. Sherwin, *Judges as Rulemakers*, in *The University of Chicago Law Review*, 73, 2006, 919 ss., e la lett. ivi cit. a nota 36.

46. Per un interessante raffronto con il ruolo del caso concreto nella prassi del diritto romano, diverso dal precedent di *common law*, cfr. L. Vacca, pp. 227 ss.

47. Il potere di creare precedenti non autorizza le corti a “fare le leggi”, ma solo a decidere casi: “it is only when courts overrule decisions that they exercise normative power” (G. Lamond, *Do precedents create rules?*, cit., p. 26).

48. Sul rapporto tra precedente e interpretazione delle leggi scritte (*statutes*) nel senso che non fa davvero differenza se una innovazione giurisprudenziale retroattiva riguardi il diritto consuetudinario o le leggi scritte, già B.N. Cardozo, *La natura dell’attività giudiziale*, orig. *The Nature of Judicial Process*, Yale Univ. Press, 1921, 1928, lecture IV, in Id., *Il giudice e il diritto*, La Nuova Italia, Firenze, 1961, pp.70 ss.

sono cose «esperte alla pubblica fede» etc.

Questi *non sono casi-norma, sono solo esempi applicativi* di regole generali contenute negli articoli 575, 357, 582, 594, 635 cp. Problemi di sussunzione di tipologie di condotte o di eventi nella figura legale reinterpretata.

Invece sono *casi-norma*, al loro sorgere, la riconducibilità dei rapporti sessuali nel concetto di utilità del delitto di concussione⁴⁹; o la giurisprudenza sulla rilevanza come corruzione della messa a disposizione del pubblico ufficiale per compiere atti amministrativi futuri non ancora determinati o non determinabili (anticipazione della corruzione per la funzione); o la reintroduzione del peculato per distrazione, abolito dal legislatore nel 1990, mediante la riconducibilità di casi

di distrazione al peculato per appropriazione (anziché eventualmente al peculato d'uso o ad altri illeciti)⁵⁰; la riconducibilità del falso qualitativo al nuovo reato di falso in comunicazioni sociali dopo la riforma del 2015 (l. 7 maggio 2015, n. 69)⁵¹; oppure l'estensione dell'articolo. 353 cp (turbata libertà degli incanti) ai casi di trattativa privata preceduta da gara informale (probabile analogia: nuova tipologia di atti, più che casistica); o la costruzione ermeneutica della fattispecie "aperta" del disastro ambientale innominato, prima della riforma di cui alla l. 22 maggio 2015, n. 68, che ha introdotto l'articolo. 452-*quater* cp⁵².

E via discorrendo.

La loro *differenza rispetto agli esempi applicativi* non è scontata: essa dipende dalla percezione o meno

49. Il caso *Lonardo* ha rappresentato un momento significativo nel percorso di consacrazione della concussione come costrizione a un "facere" e non solo a un "dare", dopo che già si era chiarito dalle SS.UU. che anche i rapporti sessuali con persone che non esercitano la prostituzione sono da intendersi una "utilità" promessa o data agli effetti della concussione. Cfr. Sez. VI, 19.6.2008, n. 33843, *Lonardo*, Pres. Lattanzi, est. Fidelbo: la decisione in fase cautelare riguardava l'accusa (poi non confermata nel processo) ad Alessandrina *Lonardo*, di avere, nella sua qualità di presidente del Consiglio regionale della Campania, in concorso con il marito Clemente Mastella (segretario nazionale dell'Udeur), e con altri, tutti appartenenti allo stesso partito politico, *tentato di costringere* Luigi Annunziata, direttore generale dell'Azienda Ospedaliera San Sebastiano di Caserta, nominato in tale incarico su indicazione dell'Udeur, a *sottostare alle indicazioni fornite dai politici del proprio partito nelle scelte da compiere durante la sua attività direttiva*. Precisa la sentenza in motivazione al § 10.3: «[omissis] La giurisprudenza di questa Corte ritiene che in tema di concussione l'espressione "altra utilità" di cui all'articolo. 317 cp ricomprende qualsiasi bene che costituisca per il pubblico ufficiale (o per un terzo) un vantaggio, non necessariamente economico, ma comunque giuridicamente apprezzabile; tale utilità quindi può consistere in un "dare", in un "facere", in un vantaggio di natura patrimoniale o non patrimoniale, purché sia ritenuto rilevante dalla consuetudine o dal comune convincimento (Sez. VI, 9 gennaio 1997 n. 1894, Raimondo; Sez. VI, 11 novembre 1998, n. 3513, Plotino). Nell'ampiezza dell'accezione viene ricompreso anche il vantaggio di natura politica ed infatti si è ritenuta la concussione in un caso in cui l'agente aveva ottenuto di liberarsi di un proprio avversario politico, provocandone le dimissioni con la minaccia di farlo licenziare utilizzando la capacità d'induzione, connessa con la funzione pubblica esercitata (Sez. VI, 1 febbraio 2006, n. 21991, P.G. in proc. Plotino)».

50. Con la sentenza n. 13038/2016, depositata il 31 marzo 2016, la Sesta sezione Corte suprema (udienza 10 marzo 2016 - Pres. Carcano) ha affermato che anche l'uso della macchina di servizio, quando non sia momentaneo e la stessa non sia immediatamente restituita, configura il reato di peculato *ex* articolo. 314 comma 1 cp e non quello più lieve di peculato d'uso di cui al secondo comma del medesimo articolo. La Corte, nella citata sentenza, infatti, afferma il principio di diritto secondo cui: «*ai fini del delitto di peculato ai sensi dell'articolo 314, comma 1 cp – in relazione ai beni di specie appartenenti alla Pubblica amministrazione – non è necessaria la perdita definitiva del bene da parte dell'ente pubblico, essendo sufficiente l'esercizio da parte dell'agente sul medesimo bene dei poteri "uti dominus", tale da sottrarre il bene stesso alla disponibilità dell'ente [...]. Diversa è l'ipotesi prevista dall'articolo 314, comma 2 cp la quale è caratterizzata – sotto il profilo oggettivo – dall'endiadi dell'uso momentaneo e dalla immediata restituzione del bene e – sotto quello soggettivo – dal correlativo contenuto intenzionale.*». La pronuncia della Cassazione riguardava il caso di un dirigente scolastico il quale si appropriava della autovettura di servizio per il suo utilizzo quotidiano, continuativo e sistematico in un arco temporale di circa quattro mesi per ragioni estranee al suo ufficio. Orbene, come la stessa Corte ha avuto modo di argomentare, ciò che differenzia il reato di peculato da quello di peculato d'uso è che nel primo, verificandosi la definitiva impropriazione del bene, il pubblico funzionario finisce per abusare del possesso, impedendo alla Pubblica amministrazione di poter utilizzare la cosa per il perseguimento dei suoi fini (questo è il caso dell'uso continuativo e sistematico dell'auto di servizio per finalità pressoché esclusivamente private). E ciò può verificarsi non solo mediante le tipiche forme di appropriazione (quali l'alienazione, la consumazione e la ritenzione), ma *anche mediante la distrazione del bene* non accompagnata dalla intenzione di restituire la cosa immediatamente dopo l'uso momentaneo della stessa. Il peculato d'uso, diversamente, è connotato da una condotta intrinsecamente diversa da quella di cui al primo comma, in quanto l'uso momentaneo, seguito dall'immediata restituzione della cosa, non integra un'autentica appropriazione, realizzandosi quest'ultima solo con la definitiva soppressione della destinazione originaria della cosa. Da ciò ne segue l'integrazione del peculato ordinario quando la cosa venga usata non momentaneamente – e quindi, definitivamente – o anche momentaneamente ma senza restituirla dopo l'uso.

51. L'articolo 2621 cp, come noto, è stato prima sostituito dall'articolo 1, d.lgs 11.04.2002, n. 61, poi dall'articolo 30, comma 1, l. 28.12.2005, n. 262, con decorrenza 12.01.2006, e, da ultimo, dall'articolo 9, l. 27.05.2015, n. 69, con decorrenza dal 14.06.2015. Mentre la riforma del 2002 prevedeva tra le condotte alternative degli amministratori e altri soggetti il fatto di coloro che «*espongono fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni*», la novella del 2015 ha estromesso dal testo il richiamo alle valutazioni, prevedendo testualmente: «*espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge*». Come noto le SS.UU. 31 marzo 2016, n. 22474, Pres. Canzio, rel. Fumu, hanno reintrodotta d'imperio il richiamo alle valutazioni, secondo una interpretazione creativa che ridà ragionevolezza alla disposizione. Eppure in questo modo *l'hanno riscritta*. V. sulla decisione F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali, tra legalità e ars interpretandi*, in *DPC, Riv. trim.*, n. 4/2016, pp. 174 ss., www.penalecontemporaneo.it/d/4892-le-sezioni-unite-e-le-false-comunicazioni-sociali-tra-legalita-e-ars-interpretandi.

52. Ampiamente, sulla problematicità di questa vicenda ermeneutica, M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 24 ss. (§ 10).

di uno *strappo innovativo* rispetto al passato. E il loro successivo “riconoscimento”, dipende dall’onestà intellettuale di ammettere quello strappo e il coinvolgimento della sfera delle aspettative e dei diritti di terzi rispetto all’imprevedibilità del mutamento.

I casi-norma sono spesso esempi applicativi *in fieri*. Ma gli esempi applicativi sono assai più numerosi dei casi-norma nella maggior parte delle ipotesi: che anche la motocicletta e poi il cellulare, il personal computer, o un drone siano *cosa mobile* non ha costituito mai oggetto di difficile inquadramento come lo è stata l’energia elettrica dall’Ottocento in avanti; erano nuovi, storicamente, alcuni prodotti della tecnica, ma non ponevano in tensione l’ermeneutica del lessico legale.

Alcuni dei casi-norma sono (o sono stati) *in odore di analogia vietata*. In altre ipotesi siamo sicuramente ancora dentro alla medesima disposizione di prima.

Certo, se mai ammissibili sul piano ermeneutico, si tratta di evoluzioni peggiorative, *in malam partem*, che pongono oggi problemi evidenti di irretroattività, o che li porrebbero se si verificassero oggi.

9. “Caso processuale” e “caso-norma”

I “casi processuali” – per es. il «caso Marta Russo», il «caso Englaro», il «caso Eternit», etc. – sono ben diversi dal concetto di “caso-norma”.

Il caso storico sottoposto a giudizio può essere molto individualizzato e presentare tanti profili intrecciati, oggettivi, soggettivi, processuali e sostanziali, da essere deciso in modo differente da altro caso apparentemente simile o che pone analoghe questioni in diritto. Nessuno, neppure il giudicante prima della camera di consiglio, sa veramente (o sa sempre) *ex ante* come verrà deciso, alla luce di *tutte le possibili variabili* in gioco.

Il “caso-norma”, invece, è una astrazione: quella che conduce a una sorta di “*massima individualizzata*”, che sarebbe la miglior sintesi fra la categoria del “precedente” di *common law* e quello tradizionale della “massima” di *civil law*⁵³.

Quando la Corte suprema di cassazione cerca di costruire le “massime” modellandole su un caso molto individualizzato (spesso non lo fa), effettua una operazione ermeneutica di differenziazione del diritto e, se innova rispetto al passato nella soluzione (non nella semplice argomentazione), prospetta anche nuovi casi-norma.

10. L’applicazione del diritto al fatto come *quaestio iuris*, che può produrre norme, anche irretroattive

Il problema della applicazione del diritto al fatto è una *quaestio iuris*, deducibile in Cassazione come vizio di applicazione della legge⁵⁴. Esso non riguarda dunque una definizione generalizzante di una parola o di una nozione legislativa applicata, ma un procedimento di concretizzazione e di sussunzione nello stesso tempo il quale, *se – si noti bene: se ed in quanto* – conduce a una *innovazione giuridica*, produce una sottofattispecie, una norma più individualizzata.

Esempio. La decisione che per la prima volta (o fino a un qualche consolidamento) estende il concetto di “cosa proveniente da delitto” alla ricezione di dati immateriali, qualora tali dati siano contenuti in un documento o in un supporto per es. informatico (si pensi a segreti che risultano acquisiti mediante accesso abusivo a un sistema informatico: articolo 615-ter cp), così mescolando il vettore fisico dei dati con l’immaterialità delle cose di valore sottratte e trasmesse, produce una innovazione giuridica rispetto alla casistica della ricettazione (articolo 648 cp), ma anche rispetto al concetto di “cosa” proveniente da delitto. È un caso-norma, ovviamente riproponibile e generalizzabile come tipologia di condotta e di decisione in diritto, ma che sia anche “norma” legittima (o interpretazione corretta) resta qui impregiudicato.

Il problema del caso-norma, se estensivo e appunto innovativo, è se le prime applicazioni – magari non ancora consolidate – possano *valere retroattivamente* perché ritenute in realtà “dichiarative” del contenuto della legge, e quindi non veramente retroattive.

Anche se *vigilantibus iura succurrunt*, qualunque legale o consulente avrebbe potuto dire, *ex ante*: non c’è giurisprudenza in tal senso, allo stato è qualificazione non prevedibile e non sostenuta dalla “tradizione ermeneutica”. Soprattutto se si tratta di *nuova qualificazione che contraddice precedenti contrarie consolidate*, trattandosi di un vero “mutamento”, ad essa deve applicarsi il divieto di retroattività, perché per il cittadino, per la sua conoscibilità del diritto e dei confini delle condotte punibili, equivale a una legge nuova. Il discorso può sembrare diverso in caso di *nuova qualificazione (imprevedibile)* che non sia percepita come un “mutamento” *in contrasto* col pas-

53. Sul rapporto tra precedente e massima, per tutti, M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, Ed. Scientifica, Napoli, 2007, pp. 11 ss., e *passim*; Id., *Precedents in Italy*, in *Precedent and the Law*, ed. by E. Hondius, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 177 ss., pp. 181 ss.; R. S. Summers - M. Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. McCormick - R.S. Summers (Ed.), *Interpreting Precedent. A Comparative Study*, Domouth, Aldershot, 1997, p. 489.

54. Cfr. F.M. Iacoviello, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 117 ss.

sato, ma come una mera novità. Sul piano delle garanzie, peraltro, la differenza non appare decisiva⁵⁵.

11. La riscrittura (legislativa, dottrinale o implicita) della “disposizione” alla luce della “norma” che emerge dalla casistica giurisprudenziale

Dai singoli casi iniziali, che si depositano nei commentari e nelle raccolte di massime, la loro generalizzazione può produrre una categoria normativa in realtà ricompresa nella regola, anche se in modo implicito. Nessuna vera innovazione, solo un aggiornamento della legge.

Emerge però a questo punto un fenomeno sconvolgente, ma solo per la “dogmatica” delle fonti tradizionali⁵⁶.

Può infatti accadere che la presenza di veri casi-norma o la rielaborazione del materiale depositato nella casistica, inducano a rileggere e riscrivere, prima mentalmente e poi anche in modo più esplicito, dottrinale o legislativo, la stessa disposizione di legge.

Qui occorre fare molta attenzione.

Questa *riscrittura* può in realtà essere solo il nor-

malissimo prodotto dell’attività costruttiva, ma non creativa, dell’ermeneutica. Succede continuamente che muti l’interpretazione in astratto di una regola, a prescindere dalla specificità di un caso, ma solo “in occasione” di un caso giudicato.

Nell’applicare una norma il giudice «conosce» veramente il diritto mentre in qualche misura lo «produce»: ma non si tratta di una violazione della divisione dei poteri, in quanto è nel segno della sua attuazione che il legislatore non possa prevedere tutte le interpretazioni, e neppure tutti i casi ai quali la regola dovrà applicarsi, come già ebbero a scrivere in modo davvero lungimirante e insuperato prima Platone e poi Aristotele. Chi scrive una legge ha in mente solo alcuni casi paradigmatici, ma gliene sfuggono tantissimi altri.

Solo il giudice può concretizzare la regola in sotto-regole la cui individuazione gli è stata delegata dal Parlamento, ma non tanto per un atto di abdicazione – come oggi purtroppo accade – quanto per una fisiologica ripartizione dei compiti.

C’è dunque un *diritto giurisprudenziale* del tutto *fisiologico*⁵⁷, che costituisce anzi la vera passione ermeneutica del giudice, il bello di fare Camera di consiglio, e poi ripensare il deciso nel corso della motivazione, e applicare la *regula iuris* a una tipologia di casi, senza tradire la propria *mission* e le aspettative delle parti

55. Non ho mai sostenuto che le nuove interpretazioni peggiorative *legittime* non possano essere retroattive (come invece mi fa dire G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, pp. 1406 ss., spec. p. 1435 in nota: il testo ivi citato e a me attribuito è di Vittorio Manes, che rielabora con proprie parole una mia posizione un po’ diversa): se sono prevedibili e non innovano sono mera scelta fra letture già discusse e magari di minoranza. Restano innovazioni prevedibili. Se sono mere esemplificazioni della disposizione, anche se presentano una novità storica, restano una sua applicazione dichiarativa, e così tutte le concretizzazioni puramente conoscitive, anche se costruite su qualche “invenzione” giuridica (cfr. il nostro *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., § 5-6). Spesso poi le “nuove interpretazioni” altro non sono che vecchie letture peggiorative ripescate dal passato e diversamente argomentate. Però la magistratura, se ripescava letture di minoranza desuete, deve prendere sul serio il fatto che sta mutando indirizzo in settori che spesso non sono comunque *crimina iuris gentium* cui pensare di estendere la deroga retroattiva del comma 2 dell’articolo 7 Cedu. Quando l’innovazione è imprevedibile certo deve valere l’irretroattività anche se la pronuncia non è l’enucleazione di un nuovo caso-norma. Il problema si pone invece in caso di innovazioni prevedibili in questioni di mera interpretazione del testo legale. Per es. c’è un *overruling*, ma si sceglie una tesi da sempre di minoranza, come le vecchie Sezioni Unite Kremit del 1998 sulla punibilità anche in caso di inefficacia drogante della dose ceduta. Soluzione possibile nel *menu* delle giurisprudenze già edite. Qui la prevedibilità relativa, insieme all’innovazione, hanno fatto da sempre valere la retroattività, ma per il destinatario “informato” è una decisione giuridica a sorpresa *in malam partem*. Il concetto di “mutamento giurisprudenziale”, in effetti, attende ancora un approfondimento.

56. Come si è evidenziato anche in altra occasione, vari teorici del diritto *quando trattano di interpretazione*, distinguono fra *disposizione* e *norma* (ciò che suppone concettualmente che il diritto non discenda analiticamente dall’enunciato, ma conosca scelte ulteriori nell’applicazione), mentre *quando trattano di fonti*, escludono che l’autore della “norma” (desunta dalla disposizione) sia ‘fonte’ del diritto: a prescindere che il suo prodotto sia contenuto in pronunce vincolanti o meno. Esempio in tal senso R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 15 ss., pp. 136 ss., pp. 497 ss.; Id., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 35 ss., pp. 398 ss.; Id., *Nuovi studi sull’interpretazione*, Aracne, Roma, 2008, pp. 51 ss., pp. 77 ss.

57. Cfr. M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., pp. 13 ss. *Ex plurimis*, sul tema, oltre alla letteratura classica e più recente *ivi* cit. a nota 11, evidenziando anche gli aspetti del tutto fisiologici del fenomeno. G. Fiandaca, *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 239 ss.; Id., *Prima lezione*, cit., pp. 135 ss.; O. Di Giovine, *Il ruolo costitutivo della giurisprudenza (con particolare riguardo al precedente europeo)*, in *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero e a., Esi, Napoli, 2016, pp. 145 ss., pp. 177 ss., pp. 185 ss.; D. Pulitanò, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, pp. 29 ss.; F. Palazzo, *La legalità fra law in the books e law in action*, in *DPC, Riv. trim.*, n. 3/2016, pp. 4 ss., www.penalecontemporaneo.it/d/4400-legalita-fra-law-in-the-books-e-law-in-action; A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Studi in onore di M. Ronco*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 33 ss.; Id., *Presentazione*, in *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. Cadoppi, Dike, Roma, 2017, pp. 19 ss.; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto pubblico*, 2017, pp. 21 ss.; G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità*, cit., pp. 1428 ss.

processuali, anche se qualcuno, come sempre, formalmente vincerà e l'altro formalmente perderà⁵⁸.

E poi c'è un *diritto giurisprudenziale* che *viola la divisione dei poteri*, che introduce nuove fattispecie⁵⁹. Il problema della sua illiceità deve dunque essere valutato in termini di censura ermeneutica e riforma processuale delle sentenze; oppure, in ogni caso problematico, controvertibile o dubbio, nel divieto di applicazione retroattiva.

Entrambi possono produrre la implicita, o suggerire una esplicita riscrittura della disposizione: un legislatore attento, redigendo un testo "aggiornato", dovrebbe tenere presente, in nome della precisione del suo *drafting*, che il termine "delitto", nella parte generale (per es. negli articoli 47 e 56 cp) ha accezioni diverse e andrebbe in qualche caso riscritto, ma anche che il costringere a "dare", nella concussione (articolo 317 cp), può essere anche un costringere a "fare" alcunché (la "norma" attuale già riscrive la "disposizione"!)⁶⁰; che almeno il "danno", se non anche la "utilità" o il "profitto", andrebbe inteso in senso economico-patrimoniale in certe fattispecie: se la truffa in assunzione fosse davvero anche un reato che pregiudica soltanto la libertà di scelta del contraente, ma non la buona esecuzione del lavoro, è chiaro che l'articolo 640 cp già oggi sarebbe da intendersi come riscritto o ricollocato dall'interprete come reato che non offende il patrimonio in certe sue "sottofattispecie". E via discorrendo con moltissimi esempi possibili che meriterebbero la redazione di un intero inventario.

12. L'analogia come interpretazione. Un test per individuare l'interpretazione analogica vietata

Chi legge i manuali penalistici ma anche l'au-

to-narrazione ermeneutica che emerge dalle sentenze penali può ricavarne l'impressione che il divieto di analogia sia un'anticaglia del passato, perché l'analogia vietata semplicemente non esiste!

Questa impressione è connessa alla rappresentazione tradizionale dell'analogia come un procedimento di integrazione normativa del tutto speciale, "procedimentalizzato" in sequenze che nessun giudice si sogna di esplicitare, soprattutto in un sistema che la vieti e dove renderla esplicita lo esporrebbe a un procedimento disciplinare, se non addirittura penale come nei Paesi dove esistono incriminazioni quali la *Rechtsbeugung* tedesca (§ 339 StGB) o la *prevaricación* (o prevaricato) dei codici penali di area spagnola e latino-americana.

Dato che un vero ed esplicito ragionamento analogico *in malam partem* è vietato, nessuno lo pubblicizza, ed esistono semmai solo analogie indirette, dissimulate da altre interpretazioni sistematiche, estensive, evolutive, *a fortiori*, *a maiori ad minus*, *ad absurdum* etc.

Insomma: ci sono solo *criptoanalogie* mediante interpretazione⁶¹.

Questo significa che il problema dell'analogia, oggi, è di individuare le interpretazioni estensive vietate: ma non vietate perché sbagliate – se una interpretazione è sbagliata, dovrebbe essere rifiutata a prescindere – quanto vietate perché analogiche. Analogie spesso ben fondate politicamente, connesse a vere "lacune di tutela" avvertite come profondamente ingiuste.

Tuttavia, esistono anche varie interpretazioni creative ed estensive che non sono analogiche, ma producono egualmente norme in modo inaccettabile. Ed esistono moltissime analogie nella parte generale, da sempre ammesse⁶².

L'analogia, tecnicamente, suppone sempre una lacuna non vista dal legislatore e che sarebbe stata

58. Formalmente: perché non è vero che chi perde formalmente perda sul piano sostanziale. Dipende dalle aspettative. Se ci si attendeva quanto si è realizzato tutto rimane nelle previsioni e nelle aspettative. E spesso ci si attende troppo per ragioni tattiche, di bandiera, di ruolo, o per dare speranze a un assistito, o per aver creduto eccessivamente in una causa.

59. Soprattutto incentrato su questa dimensione lo scritto di D. Micheletti, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *Criminalia*, 2016, pp. 161 ss. V. pure F. Giunta, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia*, 2015, pp. 383 ss.; G. Insolera, *Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'epoca dei giudici*, in *Criminalia*, 2012, pp. 285 ss.

60. L'ipotesi della concussione mediante costrizione a compiere o subire atti sessuali ci è parso un esempio paradigmatico. V. per l'illustrazione il nostro *Disposizione e norma*, cit., 82-85, esemplificato sul caso *Lonardo* (cit. anche qui *retro* a nota 49).

61. Quanto sia peraltro radicata nella giurisprudenza contemporanea la convinzione "di principio" (al di là delle sue elusioni concrete in altri casi) del divieto di analogia penale, emerge anche da una sommaria rassegna della Suprema Corte. Ne ho menzionato vari esempi in M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., p. 22, nota 29.

62. L'ammissibilità dell'analogia come mero ragionamento giuridico *fa parte della tradizione culturale dello stesso tecnicismo giuridico*, che a molti è parso rappresentare, nella seconda metà del Novecento, l'espressione pura del conservatorismo culturale, la tradizione classica della separazione tra diritto e politica, scienza e filosofia, diritto e altri saperi: se anche si volesse rileggere la *famosa prolusione di Arturo Rocco* del 1910, troveremmo in essa in modo molto chiaro una visione e legittimazione ampia e moderna della attività produttiva del diritto interpretato, attraverso il riconoscimento dell'opera costruttiva dell'interpretazione, di quella estensiva anche sfavorevole e della stessa analogia (*iuris* e *legis in bonam partem*), nella dogmatica e nella sistematica del diritto, e altresì il riconoscimento della forza formante, se non anche del primato, del diritto extrapenale rispetto al diritto penale. Cfr. il manifesto del tecnicismo giuridico di Arturo

dal medesimo colmata se avesse avuto la possibilità di farlo scrivendo la disposizione.

L'analogia in funzione del riempimento di lacune, in ultima analisi, è un tipo di argomentazione "integratrice" fondata sulla similitudine dell'*eadem ratio* applicata a un caso-norma non regolato, tanto da celarsi sotto argomenti diversi, e presenta quei tratti specifici di aggiornamento imposto da una *ratio* di sistema, ma non rivoluzionari quanto alla *struttura analogica del pensiero giuridico in genere*⁶³ che si esplica in tantissimi ragionamenti, sia di parte generale e sia dottrinali.

Interpretazione vietata, però, non semplicemente sbagliata, se in funzione incriminatrice.

Un'interpretazione erronea – per es. l'idea che due docenti che si accordino per far vincere un concorso scolastico a un candidato, al di là del merito, nel procedimento della cui Commissione faranno parte, integro per ciò solo il delitto di turbativa d'asta (articolo. 353 cp) – non è analogica solo perché estende la punibilità a casi sicuramente non previsti dalle incriminazioni del codice: perché non sono stati previsti ma erano prevedibilissimi al tempo della redazione del codice. Essi sono stati invece del tutto esclusi da quella disposizione, relativa alle procedure riguardanti cose, appalti etc. È innanzitutto sbagliata, se utilizza una fattispecie per situazioni che non prevede perché esse sono invece disciplinate da altre fattispecie: nel caso ipotizzato, si vorrebbe estendere l'articolo. 353 cp a ricomprendere violazioni proprie di un concorso che valuta persone (cui si può adattare l'articolo 323 cp) nelle figure delle aste pubbliche che riguardano le cose e i delitti dei privati contro la Pubblica amministrazione⁶⁴.

Invece è specificamente analogica in funzione del riempimento di lacune non viste dal legislatore la giurisprudenza che nel concetto di asta pubblica (sempre ai sensi dell'articolo. 353 cp) ricomprende le gare informali che accompagnano certe *trattative private*: perché colma davvero una lacuna normativa

"storica", in quanto al tempo del codice del '30 non esistevano queste figure contrattuali, che meritano/meriterebbero oggi una estensione legislativa.

La *prova dell'analogia*, in linea di massima, può essere raggiunta mediante un percorso ricostruttivo solo in parte manipolabile e aggirabile da un interprete onesto: un *test* che potremmo definire *di riscrittura della disposizione*.

Esso suppone la *distinzione tra disposizione e norma*, che è *centrale per capire l'analogia*, e ne trae le opportune conseguenze.

Poiché le interpretazioni producono norme che danno il vero contenuto all'enunciato legislativo, di per sé leggibile in diversi modi, la loro capacità creativa, piuttosto che soltanto innovativa, sconfinata nell'analogia vietata *quando la disposizione dovrebbe essere riscritta* per effetto dell'operazione ermeneutica eseguita. Vale a dire quando un legislatore preciso e responsabilmente attento, se dovesse emanare oggi la legge che contiene quella regola, la dovrebbe necessariamente riscrivere per effetto del suo contenuto reale oggi acquisito.

Abbiamo visto (*supra*, § 11) che una disposizione può richiedere davvero di essere riscritta in conseguenza del deposito di annose evoluzioni interpretative: il cui effetto alla distanza può essere quello di modificare la disposizione stessa, anche se in realtà il legislatore non è mai intervenuto a riscriverla.

Questo esito è il prodotto di "*microanalogie*" presenti e tollerate in ogni ordinamento, e anche in diritto penale.

È il risultato *qualitativamente* nuovo di tanti piccoli apporti *quantitativi* cumulati. Dalla lenta modifica della norma si ricaverà una nuova disposizione *prevedibile*.

L'analogia vietata, invece, è quella dove *per effetto di un'unica e specifica interpretazione* si realizza quella conseguenza modificativa implicita dell'enunciato. L'analogia cambia la «disposizione», non produce semplicemente una «norma», cioè un contenuto

Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, pp. 497 ss., poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. III, Foro it. ed., Roma, 1933, pp. 300-305. Più di recente, *ex plurimis*, M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini - C.E. Paliero, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 693 ss.; G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., pp. 124 ss.

63. Oltre ai richiami di cui alla nota precedente, cfr. A. Kaufmann, *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, pp. 53 ss., pp. 70 ss.; v. pure sul punto O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., pp. 49 ss.; G. Carlizzi, in V. Omaggio, G. Carlizzi, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, cit., pp. 121 ss.; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus* (1968), tr. it. *Fattispecie e tipo*, cit., pp. 237 ss.; G. Zaccaria, *L'analogia come ragionamento giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pp. 1535 ss.; C.R. Sunstein, *On Analogical Reasoning*, in *Harvard Law Review*, 106, 1993, pp. 741 ss.; F. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Scritti Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 533 ss.; F. Schauer, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, cit., pp. 131-150.

64. Anche con un nuovo articolo 353 cp «esteso a tutti i concorsi pubblici», avremmo una norma del tutto nuova, che suonerebbe così: «Chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, o impedisce o turba lo svolgimento o l'esito di pubblici concorsi». Difficile sostenere una lacuna non intenzionale quando il fenomeno era del tutto ipotizzabile anche nel 1930, e lo si è lasciato alla protezione dell'articolo 323 cp allora vigente, che non poteva catturare condotte precedenti l'atto dell'ufficio, a differenza dell'articolo 353 cp, mai applicato, in effetti, a procedure diverse dalle aste pubbliche.

interpretativo possibile tra quelli attribuibili e interni a una identica disposizione⁶⁵.

Esempi direi di scuola sono la “malattia-infortunio” nell’articolo. 437 cp (rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro) e le onde elettromagnetiche nell’articolo 674 cp (getto pericoloso di cose): a seguito dei noti tentativi di introdurre nelle fattispecie tipologie di condotte costituite da malattie professionali ed emissioni pericolose di onde elettromagnetiche, quelle disposizioni dovrebbero essere riscritte, e prevedere un testo così enunciato, salvo migliori *restyling* comunque auspicabili:

Articolo 437 cp: «Chiunque omette di *adottare misure*, o di collocare impianti, apparecchi o segnali destinati a prevenire disastri, infortuni sul lavoro o *malattie professionali* etc.».

Articolo 674 cp: «Chiunque [*omissis*], nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori, di fumo o di *onde elettromagnetiche* atti a cagionare [*omissis*]».

Nostro compito è quindi affinare gli strumenti di lettura per scoprire i contenuti o gli scopi analogici nascosti di un’operazione che viene sempre celata. Ovviamente il *test* proposto è quasi tautologico: esso suppone l’onestà del riconoscimento che si sta uscendo dal recinto della disposizione e per tale motivo si ammette che andrebbe riscritta⁶⁶.

13. L’analogia esplicitamente richiesta dalla legge e l’impossibilità di una vera analogia occulta per indeterminatezza della fattispecie

Se dunque l’analogia penale vietata è sempre occulta, c’è almeno un caso in cui non può esserlo, in

quanto è la stessa fattispecie ad autorizzare l’analogia. Quando l’articolo. 434 cp autorizza la costruzione di ipotesi di disastro (“un altro disastro”) di carattere innominato, perché «fuori dei casi preveduti dagli articoli precedenti», che sono quelli che contengono ipotesi tipiche di disastri (articolo 422 e ss cp), dà mandato al giudice di tipizzare nuovi disastri in via ermeneutica.

Qui l’analogia è palese, non occulta, e la Corte costituzionale l’ha eseguita alla lettera, ricostruendo un tipo base di disastro, individuando una *eadem ratio* etc.⁶⁷. Peccato che ciò violasse due volte l’articolo 25 cpv. Cost.: perché era indeterminata la fattispecie d’origine e perché per l’appunto imponeva procedimenti analogici espressi.

Ora che il disastro ambientale è stato definito dalla legge (l. 22 maggio 2015, n. 68), tutti hanno finalmente capito che quello ritenuto dalla giurisprudenza *prima* dell’introduzione dell’articolo 452-*quinquies* cp era solo *uno dei possibili concetti* di disastro ambientale adottabili: una scelta politica in senso stretto.

Questo caso è peraltro diverso dal ragionamento “analogico implicito” insito nelle fattispecie che presentano un difetto di tassatività-determinatezza. Le regole indeterminate autorizzano letture creative, ma non perché producono lacune: al contrario le vogliono escludere.

Il giudice in questi casi “crea” dentro a un recinto amplissimo e indefinito. Fa analogie come in tanti ragionamenti, ma *non in funzione di riempimento di lacune*. E infatti interpreta “dentro” a una disposizione... aperta. C’è sempre un problema di legalità, ma la responsabilità (giuridico-costituzionale) della sua violazione è legislativa, non giudiziale. Sono norme che violano la riserva di legge e come tali devono es-

65. Ometto ulteriori o doverose citazioni classiche “di fondo” (Bobbio, Betti, Caiani, Sax, Vassalli, Boscarelli, Gianformaggio etc.). Per recenti rivisitazioni o dibattiti, V. Velluzzi, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. Manzin - P. Sommaggio (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 133 ss.; D. Canale, G. Tuzet, *Sulla distinzione tra analogia e interpretazione estensiva nel ragionamento giuridico*, in *Materiali per una storia del pensiero giur.*, 2014, pp. 149 ss.; il *Forum* delle “Opinioni a confronto” in *Criminalia*, 2010, pp.347-382, con contributi di Giunta, Carcaterra, Di Giovine, N. Mazzacuva e Velluzzi; G. Tuzet, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, pp. 507 ss.; O. Di Giovine, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., pp. 253 ss., pp. 272 ss.; M. Ronco, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 693 ss.; M. Fracanzani, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 198 ss. J. Neuner, *Die Rechtsfindung contra legem*, Beck, München, 1992, pp. 132 ss.

66. Chi scrive sa perfettamente di esporsi a un’obiezione di ingenuità: se la Corte cost. o le SS.UU., avessero seguito questo stile di *self-restraint* mai avrebbero potuto pronunciare le rispettive decisioni sull’articolo. 434 cp e il disastro ambientale (C. cost. n. 327/2008), sul falso qualitativo nel nuovo articolo 2621 cp (SS.UU., 31 marzo 2016-27 maggio 2016, n. 22474) o sulle linee-guida del nuovo articolo. 590-*sexies* cp (SS.UU., 21 dicembre 2017-22 febbraio 2018, n. 8770). Ma tant’è: non intendiamo giustificare e razionalizzare ogni esistente. Che poi le SS.UU. sulle valutazioni e il falso qualitativo o sulle linee-guida siano culturalmente conciliabili in punto di stretta legalità con altre storiche pronunce, come le SS.UU. Franzese, o C. cost. n. 230/2012 o 115/2018 per fare solo un paio di esempi, mi pare davvero dubbio. Non possiamo essere così ingenui da pensare che la *coerenza* giuridica “del sistema” (quella possibile) vada cercata nelle decisioni giudiziarie, anziché in un discorso *teorico* complessivo.

67. C. cost. 30 luglio 2008, n. 327. Per la valutazione critica della sentenza di cui al testo rinvio a M. Donini, *Il diritto giurisprudenziale penale*, cit., § 10, nonché a D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio e “nullum crimen”*. *Il problema delle clausole generali nel diritto penale*, in *LP*, 2017, pp. 46 ss.

sere gestite (interpretazione conforme o declaratoria di illegittimità)⁶⁸.

14. Il divieto di realizzare l'uguaglianza punitiva in via ermeneutica

C'è un contrasto tra principio di eguaglianza e diritto penale. Poiché il diritto penale è frammentario, è anche disuguale. Non punisce ogni danno e ogni offesa, ogni lesione di diritti. A ogni incriminazione, che ritaglia alcune condotte tipiche, ne corrisponde tante altre, parimenti "lesive", che il legislatore ha estromesso dal circuito criminale. Le pretese vittime di queste condotte "analoghe" non possono e non devono esigere una tutela penale giudiziale sostitutiva di quella prevista dalla legge.

Ciò significa che esiste un programma legislativo di disuguaglianza penalistica⁶⁹, e che l'uguaglianza non è un valore ordinario della tutela penalistica, se non nella misura in cui vincola il Parlamento. Se è sempre possibile una specifica censura di violazione dell'articolo 3 Cost., la stessa Corte costituzionale non è autorizzata a introdurre nuove ipotesi incriminatrici per sanare con sentenze manipolative una ritenuta disuguaglianza per omessa incriminazione⁷⁰.

A maggior ragione, dunque, non può il singolo giudice, *de plano*, realizzare un analogo effetto in via meramente ermeneutica, se per l'appunto si tratta di produrre una nuova norma che alla fine imporrebbe di riscrivere la stessa disposizione⁷¹.

15. Da Beccaria ad... Aristotele, dall'ermeneutica dei civilisti a quella penale della Corte Edu e della Consulta

Se dovessimo fare interpretazione in una società silvo-pastorale potremmo anche affidarci all'ideale di Beccaria che vedeva l'applicazione della legge come un'operazione di logica formale priva di interpretazione, o all'ideale del *common law* inglese del Settecento, e proprio di una società immobile, che pensa che si possano decidere solo i casi già decisi (o, per il *civil law*, già "pensati" dal legislatore) e ricercare in quei casi la soluzione ai problemi del presente. Purtroppo, oggi, dobbiamo chiedere alla legge di sapersi adattare alle evoluzioni sociali e anche in area anglo-americana le leggi penali scritte hanno soppiantato il *common law*. Qualunque esperienza di redazione di testi legislativi insegna a tutti noi che è impossibile che il legislatore abbia visto o pensato tutti i casi che la sua normativa dovrà necessariamente regolare.

Beccaria come noto avrebbe voluto vietare l'interpretazione giudiziale, riducendola a pura operazione logico-sillogistica. Nel § 4 di «*Dei delitti e delle pene*»⁷² sono contenute le famose statuizioni programmatiche⁷³. Questa tesi sembra imporre una sorta di *interpretatio sine applicatione*: la possibilità di una vera interpretazione a prescindere dai casi che accadono nella vita sociale, *come se il diritto non fosse un essere vivente, ma una premessa di logica formale*. Nello stesso tempo, è la posizione di chi paventa, come ha fatto ogni divieto di interpretazione della storia del diritto⁷⁴, un ruolo pericolosamente politico insito in ogni interpretazione giuridica.

68. Istruttiva e molto impegnativa al riguardo la più recente C. cost. n. 115/2018 sulla vicenda Taricco, che ho commentato in DPC, *Riv. trim.* n. 2/2018, pp. 225 ss. Sulle tecniche legislative di "analogia anticipata" cfr. sempre D. Castronuovo, *Tranelli del linguaggio*, pp. 21 ss., pp. 44 ss.

69. H.M. Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, Müller, Heidelberg, 1999, pp. 277 ss. (Rdn. Pp. 629 ss.).

70. Cfr. G. Dodaro, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 329 ss. (sull'inammissibilità di sentenze manipolative *in malam partem*).

71. Questa differenza basica tra giudice penale e giudice civile è alla base delle riflessioni svolte in Donini, *Jueces y democracia. El papel de la magistratura y democracia penal. El uso judicial del derecho penal de los principios*, in *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2005, pp. 403 ss.

72. C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi". «Nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori». Ad esse si aggiungevano le direttive sul sillogismo giudiziale: «Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?

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 soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza.

Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni».

73. Per un commento v. ancora M. Donini, *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi", cit., nonché A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pp. 33 ss.

74. *Supra* nota 18.

Noi invece sappiamo, almeno dai tempi di Aristotele, che «*ci sono anche adesso uffici, come quello di giudice, sovrani nel decidere casi che la legge è incapace di definire con esattezza... perché è tra le cose impossibili stabilire una legge su tutto ciò su cui si delibera*»⁷⁵. E sappiamo anche che questa, ma solo questa attività di concretizzazione è conforme alla divisione dei poteri rispetto a un diritto, come quello penale, che declina rigorosamente la ripartizione dei ruoli tra legislatore e giudice.

Il confronto del penalista con la mentalità ermeneutica del civilista contemporaneo – e viceversa! – è estremamente istruttivo.

L'idea stessa di indicare al giurista percorsi ermeneutici deontologici, regole vincolanti per l'interpretazione, può apparire intollerabile al civilista, che rappresenta oggi il cultore del diritto più vicino ai modelli epistemologici di un'ermeneutica libera da vincoli ordinari in cui è l'interprete ad apparire portatore del "senso" delle parole, contrariamente alla massima di Emilio Betti: «*sensus non est inferendus, sed efferendus*»⁷⁶.

Il penalista più colto e consapevolmente educato alla lettura post-heideggeriana di Gadamer, a quella comparatistico-privatistica di Esser⁷⁷, e alla succes-

siva "vulgata" internazionale e nazionale⁷⁸, ma anche al neo-costituzionalismo, non può seguire le derive di un *modus procedendi* dove domina il ruolo dell'interprete e del lettore rispetto al testo e all'autore dell'opera, e che vede dunque nell'interprete il creatore perpetuo di una *semiosi illimitata* alla Derrida, che per intenderci indichi la semantica contemporanea dei fatti illeciti e dei contratti innominati come paradigmi epistemologici *ad usum criminale*⁷⁹. Potranno il civilista o lo storico, vuoi dolendosi⁸⁰, vuoi gioendo⁸¹, sancire la crisi o celebrare il funerale della fattispecie: se lo facesse il penalista, sarebbe l'atto di nascita "costituzionale" della dittatura penale giudiziaria, l'introduzione nel diritto penale non di una nuova "libertà", ma del principio che nel 1935 abolì in Germania il divieto di analogia⁸².

Proprio il penalista, infatti, che cura gelosamente la funzione del *diritto-garanzia*, e non solo del *diritto-tutela*, vede nella propria prassi intollerabili violazioni di quelle garanzie che il diritto penale come diritto, e non come arma, deve presidiare⁸³.

Il penalista sa bene oggi che solo i commentari dicono la verità⁸⁴, ma essi non contengono un *narrative chain* indipendente dal testo⁸⁵; sa che la pre-comprensione in fatto e in diritto decide molti

75. Aristotele, *Politica*, III, 16, 1287 b.

76. Basti rinviare, sulla nota polemica tra Betti e Gadamer compendiata in quel brocardo latino, al numero monografico dei *Quaderni Fiorentini*, 1978 (dedicato a "Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento"), nonché a M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988, pp. 363 ss., e T. Griffero, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Rosenberg & Sellier, Torino, 1988, pp. 202 ss.

77. Cfr. i due distinti volumi di G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Giuffrè, 1984, dedicati a Gadamer e a Esser.

78. Ricordo tra gli altri i citati scritti di Fiandaca, Di Giovine, Carlizzi e Vogliotti, cit. *supra* alle note 4 e 35, e da ultimo ancora G. Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, cit., 126-135, nonché più in generale in forma anche didattica, e da diverse premesse di "scuola", F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Laterza, Bari, 1999; G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Il Mulino, Bologna, pp. 15 ss., pp. 51 ss.; M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 74 ss., pp. 231 ss.

79. Per questa sua antica obbedienza, per questa sua "diversità", il penalista è spesso un invitato di pietra ai tavoli dove discutono "tra di loro" di ermeneutica civilisti, pubblicisti e filosofi che forse intuiscono di non possedere il monopolio epistemologico dell'interpretazione giuridica.

80. N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, (2014), pp. 41 ss.

81. In nome della fattualità del diritto, cioè del primato della storia e della società sullo statalismo delle regole, P. Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in questo volume. Peraltro, Paolo Grossi ben distingue fra giudice civile e giudice penale, da ultimo in Id., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, p. 124, sottoponendo dunque l'interprete penale in generale alla riserva di legge, ma anche a quel sillogismo che "non si addice più", a suo avviso, al giudice civile.

82. Sul tema basti qui il rinvio a G. Vassalli, *La giurisprudenza penale germanica in materia di analogia*, in *Riv. dir. penit.*, 1937, pp. 3 ss. (estratto); W. Naucke, *Die Aufhebung des Analogieverbots*, in *NS-Recht in historischer Perspektive*, Institut für Zeitgeschichte, München, Wien, 1981, pp. 71 ss.; G. Marinucci, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 1254 ss.; L. Jiménez De Asúa, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, pp. 477-533; K. Fitting, *Analogieverbot und Kontinuität. Entwicklungslinien des strafrechtlichen Analogieverbots seit 1871*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, pp. 58 ss.

83. Sul paradigma penalisticamente aberrante del "giudice di scopo" ricordo L. Violante, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, p. 51.

84. J. Esser, *Grundsatz und Norm*, Mohr, Tübingen, [1956], 1990⁴, p. 151, e sul punto quanto osservato in M. Donini, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, in *Cass. Pen.*, 2002, pp. 1165 ss., nonché da A. Cadoppi, *Giurisprudenza e diritto penale*, cit., pp. 42 ss.

85. *Ex plurimis*, per l'uso di questa metafora letteraria nel descrivere l'evoluzione interpretativa delle norme, R. Dworkin, *How Law*

casi ed è spesso la ragione vera dell'imprevedibilità di tante decisioni concrete su fatti e "tipi d'autore" reali o presunti; sa che il deposito dei casi può produrre col tempo una implicita modifica della disposizione⁸⁶; sa che almeno dalla prima metà del Novecento tutti i principali filosofi del diritto, anche di formazione analitica e non solo ermeneutica, hanno messo in discussione la distinguibilità dell'analogia dall'interpretazione estensiva⁸⁷. E proprio sapendo tutto questo è in grado di ricordare che è corretta la distinzione tra l'intenzione del legislatore, quella del testo e quella dell'interprete⁸⁸; che l'intenzione dell'interprete conferisce all'opera una verità ermeneutica storicizzata, ma deve essere limitata dal recinto della disposizione. Infatti, il "metodo" interpretativo delle diverse discipline che precede l'appropriazione della "verità" dell'opera da parte di chi la "applica", può contenere regole di settore, come ha ben riconosciuto lo stesso Gadamer⁸⁹: quelle regole sono *regole di garanzia* nel nostro caso.

Il diritto stesso, perciò, pone limiti all'ermeneutica, non soltanto l'ermeneutica al diritto.

È nel segno di questa convergente funzione di tutela e garanzia del diritto penale che la Corte Edu (per es. Scoppola c. Italia; Previti c. Italia; Sud Fondi c. Italia)⁹⁰, ma poi anche le Sezioni unite penali (Be-

schì)⁹¹, e infine la Corte costituzionale (n. 230/2012 e 115/2018)⁹², tracciano, pur se con differenti culture che circolano al loro interno, percorsi dialogici *comunque differenziati* per il penalista. Non sempre si ammette che la declinazione odierna del ruolo costruttivo (più che creativo) dell'interprete è incompatibile col paradigma illuministico – Beccaria sarebbe inorridito a leggere la motivazione di Corte Edu Scoppola c. Italia o le Sezioni unite Beschi⁹³ – e tuttavia *la conservazione della fattispecie e del divieto di modificare direttamente la disposizione in via ermeneutica restano due punti fermi*.

Non abbiamo messo in discussione l'interpretazione estensiva, secondo modelli di testualismo, originalismo e letteralismo teoricamente compatibili con un legislatore che non appartiene alla nostra esperienza storica, ma praticamente incompatibili con il diritto di una società in evoluzione continua e con l'esigenza di applicare un eventuale divieto solo a un diritto scritto tutto *ex novo*, perché quello vigente – le attuali "norme" – è *totalmente* occupato di contenuti non "deducibili" dalle disposizioni come loro *stricta interpretatio*. *De lege ferenda*, potremmo immaginare un simile divieto idealtipico come operativo solo *in malam partem*. La sua difficile gestibilità pratica, peraltro, dipende dalle scarse possibilità di

is like Literature (in *Critical Inquiry*, 1982, poi in Id., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985), tr. it., *Diritto come letteratura*, in *Questioni di principio*, Il Saggiatore, Milano, 1990, pp. 179 ss. e S. Fish, *Working on the Chain Gang: Interpretation in Law and Literature*, già in *Critical Inquiry*, 1982, poi in F. Atria, D.N. MacCormick (eds.), *Law and Legal Interpretation*, Ashgate, Dartmouth, 2003, pp. 387 ss.

86. Veramente questo fenomeno, che ho tracciato qui (*supra*, § 11) e in precedenti occasioni, non mi pare sia mai stato elaborato dalla nostra penalistica, ma neppure da quella straniera a me nota.

87. L'analogia suppone a rigore che per regolare un caso non sia più possibile una *diversa* interpretazione della legislazione esistente. Occorre una *nuova norma* che supera i confini delle regole scritte. Essa implica pertanto un'integrazione del diritto non dall'interno della disposizione, ma pur sempre dall'interno dell'ordinamento, mediante autointegrazione. Cfr. M.S. Giannini, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, pp. 516 ss. Tuttavia, poiché essa è vietata in diritto penale, si operano continuamente "autointegrazioni ermeneutiche" non dalla lettera di una qualche disposizione e dalla sua *ratio*, ma attraverso "considerazioni interpretative" più articolate e argomenti ermeneutici vari *diversi da* quello analogico espresso. Per questo occorre trattare l'analogia penale all'interno della questione ermeneutica. Per un moderno recupero della classica differenza tra interpretazione estensiva e analogia cfr. G. Carcaterra, *Analogia. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, pp. 1 ss.; G. Pino, *Legalità penale e rule of law*, in *Rule of law. L'ideale della legalità*, cit.; V. Velluzzi, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, cit.

88. *Supra*, § 3.

89. H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983, pp. 9-11, premessa alla seconda ed. Ovviamente non è questo il "metodo" di cui tratta polemicamente tutta l'opera di Gadamer contro l'epistemologia scientifica naturalistica che ha preteso imporsi alle scienze dello spirito e alle discipline ermeneutiche mediante l'esportazione di un metodo scientifico basato su leggi sperimentali, ricerche induttive di regolarità e linguaggio matematico.

90. C. Edu 17.9.2009, Scoppola c. Italia, §§ 99 ss.; C. Edu, 8.12.2009, Previti c. Italia, § 275 ss.; C. Edu 20.1.2009, Sud Fondi Srl e altri c. Italia, § 105 ss.

91. Sez. Unite penali Beschi, 21.1.2010 (dep. 13.5.2010), n. 18288. §§ 6, 7, 8.

92. C. Cost. n. 230 del 2012 e n. 115/2018: sentenze pur diverse, ma molto spinte verso il primato di una legalità ipertassativa e "separata" dall'interprete-esecutore, ridimensionato nelle spinte espansionistiche interne ed europee.

93. Lo devo dire, per onestà intellettuale, ma Beccaria non aveva di fronte il Parlamento italiano dell'anno 2018, pensava a un legislatore perfetto e unitario, magari persino "illuminato", supponendo di fatto destinatari e giudici educati alla "logica di Port-Royal", e operanti in una società che viaggiava al massimo ancora a cavallo.

distinguere l'interpretazione estensiva dall'interpretazione *tout court*⁹⁴.

Le analisi qui condotte hanno inteso approfondire alcune delle nuove acquisizioni della giurisprudenza europea e nazionale per renderle deontologicamente evidenti, e svecchiare definitivamente la narrazione vetero-illuministica, ma in funzione di garanzia.

Là dove una ermeneutica innovativa *legittima* non è più coercibile o contenibile, entrano in gioco *regole diverse, esterne all'ermeneutica del testo*, e relative alla *retroattività* della "norma" o all'*imputazione soggettiva* della sua ritenuta violazione.

16. La lezione del caso Contrada e le deduzioni sbagliate dalla Cedu

Il caso Contrada, deciso dalla Corte Edu il 14 aprile 2015⁹⁵, è ben lontano dall'esser stato davvero interiorizzato e compreso dalla giurisprudenza italiana⁹⁶. Una diffusa narrazione (tra i magistrati) dice che si tratterebbe di una sentenza le cui statuizioni in diritto valgono solo per quel singolo caso; che avallerebbe estensioni ermeneutiche di largo respiro, purché prevedibili; che il concorso esterno nei reati associativi sarebbe stato "legittimato" dalla Corte Edu.

Tutto dunque come prima, e più di prima. E invece nulla è vero di tutto ciò.

La decisione sul caso Contrada non si è basata sulla soggettiva imprevedibilità della figura del concorso esterno da parte di Bruno Contrada «di persona personalmente». Egli, infatti, era tra tutti i possibili autori di quelle condotte il più titolato a conoscere e prevedere le evoluzioni della giurisprudenza palermitana al riguardo. Che il contenuto dei limiti del concorso esterno si sia invece evoluto in modo profondo dalle Sezioni unite Demitry, a quelle Carnevale e Mannino, è incontestabile, perché non sono in realtà bastate neppure quelle tre Sezioni unite – tutte successive ai fatti contestati a Contrada – a definire davvero l'istituto. Sì che *la straordinaria manipolazione ermeneutica della fattispecie ha reso patente un vizio di tipicità originario*.

Afferma la Corte ai §§ 74 e 75 della decisione: «74.

... la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. 75. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo.».

Si è dunque trattato di un problema oggettivo di evoluzione normativa e della costruzione progressiva di un "tipo", a mio avviso di parte speciale⁹⁷, anche se secondo la Cassazione di parte generale, ma pur sempre *nuovo* rispetto alle consolidate statuizioni e regole del concorso di diritto comune.

Infatti.

La Corte Edu, con la sentenza in oggetto ha per la prima volta messo in mora la giurisprudenza italiana – ma direi lo Stato italiano – imponendo di non introdurre surrettiziamente (o non consentire di introdurre o indurre a farlo) regole penali peggiorative con effetto retroattivo in via ermeneutica⁹⁸: poco importa che ciò avvenga usando la parte generale (l'articolo 110 cp) o direttamente attraverso locuzioni o fattispecie di parte speciale (gli articoli 416 e 416-bis cp). Un discorso sostanzialistico come tutti quelli sul divieto di retroattività fondato sul parametro convenzionale dell'articolo. 7 Cedu, che sia "materia penale" implicita o normazione penale innovativa.

Se comportamenti mai perseguiti diventano improvvisamente criminosi per effetto di nuove letture che modificano una fattispecie o introducono una tipologia nuova di comportamenti vietati, ciò – ammesso che sia lecita l'interpretazione – può avvenire solo per il futuro.

L'attuale giurisprudenza italiana legge il concorso esterno come se fosse scritto al pari della corrispondente norma del codice penale tedesco, il Par. 129 StGB (costituzione di associazioni criminali), che prevede: «Chiunque costituisce una associazione che abbia come fine la realizzazione di reati o la cui attività si diretta a tale scopo, o chiunque *prende parte* a tale associazione come componente, *oppure svolge attività di propaganda* per accrescerne i componenti o i soste-

94. È il principale argomento che avevo proposto, a suo tempo, nel criticare sotto questo profilo il divieto di interpretazione estensiva contenuto nell'articolo. 129 del Progetto della Bicamerale del 1997.

95. Sez. IV - 14 aprile 2015 Pres. Päivi Hirvelä - *Contrada c. Italia* (ric. n. 66655/13).

96. Su come ritengo lo si debba leggere rinvio a Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, pp. 347 ss.; Id., *Il concorso esterno "alla vita dell'associazione"*, cit., pp. 325 ss.

97. *Op. ult. cit.*

98. In tal senso mi ero espresso nel commento alla decisione: Donini, *Il caso Contrada e la Corte Edu*, cit., pp. 437 ss.; in senso conforme V. Manes, Id., *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., pp. 26 ss., § 3.

nitore, *oppure chi la sostiene*, è punito con la sanzione detentiva fino a cinque anni o con pena pecuniaria⁹⁹».

Nel prevedere come condotta tipica il fatto di chi senza “prendere parte” all’associazione “la sostiene”, il codice penale tedesco tipizza come condotta “di fattispecie” il contributo all’associazione criminale che noi qualificiamo come concorso esterno. Si tratta poi di vedere che cosa significhi “sostenere” l’associazione, ma certo non si è ritenuto che potesse bastare l’impiego di regole di parte generale sulla complicità al reato, che erano ben disponibili.

Da noi, invece, *senza quella previsione legale*, si è realizzato *lo stesso risultato*. Con la differenza che si è previsto un contributo non all’attività di partecipe (titolo autonomo di reato con pena distinta), di organizzatore (altro titolo autonomo con pena distinta) o di capo (altro titolo autonomo con pena distinta), ma alla «vita dell’associazione»: cioè una condotta a forma libera verso un *evento ad ampio spettro* che non è tipizzato neppure nell’articolo 416 o 416-bis, giacché la vita dell’associazione non è un loro *elemento costitutivo*, ma viene punita con *la cornice di pena del partecipe interno*, senza la prova di un “concorso di persone” con un associato interno, ma piuttosto di un contributo causale (concorso di cause) all’organizzazione o alle sue attività, finanze, finalità etc.: naturalmente se poi il contributo è *agli scopi*, non c’è neppure più un *evento* come secondo termine e il contributo diventa *di pericolo*.

D’altro canto non esiste la figura del concorrente esterno rispetto a tutti i più vari reati di parte speciale, ma solo agli articoli 416 o 416-bis cp (e qualche altra banda ...), trattandosi dunque di una figura non di concorrente comune di parte generale, ma di concorrente “di parte speciale”, appunto: “il concorrente esterno” quale nuova tipologia di condotte (a modalità alternative) di due, tre o quattro reati associativi, l’allargamento di un paio di norme incriminatrici, non l’uso normale dell’articolo. 110 cp che può applicarsi a tutti i reati.

Che in Italia abbia dominato nella prassi ma anche in Parlamento *un diverso concetto di legalità penale* è palese. Ma era un rispetto o una elusione della legalità¹⁰⁰?

Nulla dice la Corte Edu sulla legittimità di queste estensioni, che colmano lacune e dovrebbero esser riscritte con l’inserimento nei reati associativi della

condotta di sostegno alla loro attività, così come per es. sono state previste le condotte “tipiche” di finanziamento nelle associazioni terroristiche.

L’unico *decisum* riguarda l’irretroattività del «reato di origine giurisprudenziale» (così lo chiama la Corte Edu al § 66 della sentenza).

Domanda: è problema di irretroattività di una nuova norma o di colpevolezza e di *ignorantia legis* scusabile dell’accusato?

Chi sostiene la limitazione della sentenza al caso giudicato la riduce a ipotesi di inconoscibilità incolpevole del diritto da parte dell’imputato. Un problema di colpevolezza individuale magari generosamente esclusa in sede europea, ma non estensibile ad altri casi.

Eppure non si tratta di questo.

Tutto il processo europeo è stato costruito sul presupposto di un diritto nuovo, di un nuovo “reato”, non di una soggettiva carenza di colpevolezza dell’imputato, che era il più esperto di questa materia dopo i giudici di Palermo. Paradossale vicenda davvero.

Saremmo molto contrariati dall’ipocrisia di una sentenza di non responsabilità per ignoranza della legge. Ridicolo davvero.

Ma in effetti la Corte Edu non lo dice.

Il tentativo di ricondurre il caso a una forma di scusante soggettiva è un modo della giurisprudenza nazionale per autoassolversi a posteriori, “individuando” le responsabilità e riportandole sul concorrente che, caso Contrada a parte, è la vera vittima dei procedimenti ermeneutici peggiorativi retroattivi, siano mere individuazioni di norme nuove, siano vere costruzioni di tipi nuovi: per quanto egli sia in ipotesi del tutto “colpevole” dei fatti estensivamente ricondotti a una incriminazione, questo ragionamento non può evidentemente entrare in gioco in questo tentativo di giustificazione del comportamento dei pubblici poteri, della cui illegittimità è chiaramente corresponsabile un legislatore che ha sempre omesso di integrare o riscrivere queste norme sui reati associativi.

Concludendo sul punto, va infine osservato che la sentenza della Corte Edu non ratifica affatto vizi originari. L’irretroattività “di sistema” fotografata alla data del 1994 (anno di pubblicazione della prima sentenza delle Sezioni unite Demitry), non può sana-

99. § 129 Bildung krimineller Vereinigungen (1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder *wer sich* an einer solchen Vereinigung *als Mitglied beteiligt*, für sie *um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt*, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. [corsivi aggiunti].

100. V. ora R. Rampioni, *Del c.d. concorso esterno. Storia esemplare di un “tradimento” della legalità*, Torino, Giappichelli, 2018. Per chi scrive, come detto, tutta la giurisprudenza sul concorso esterno appare conforme all’articolo 110 cp e alla legalità, se ed in quanto ricostruisca concorsi *di persone e non di cause*: cioè contributi all’attività di partecipi interni o di capi e organizzatori (con relative pene edittali), e non apporti diretti all’organizzazione o alla vita dell’associazione, con cornice editale unica del partecipe interno. V. sul punto Donini, *Il concorso esterno “alla vita dell’associazione” e il principio di tipicità penale*, cit., pp. 325 ss., spec. pp. 341, 344, 349, anche in DPC 13.1.2017, cit., pp. 17, 21, 25.

re vizi di “nascita” della legalità, e peraltro – anche questo va detto a fronte delle perenni doglianze da parte delle difese degli imputati – anche l’inserimento nell’articolo 416-*bis* cp di ipotesi esplicite tipizzanti l’aiuto o il sostegno all’associazione non lo renderebbe più tassativo o meno bisognoso di una ricostruzione contenutistica *tutta ermeneutica* che ben sappiamo essere annosamente tormentata.

17. Il rapporto fra articolo 7 Cedu, articolo 27, co. 1, Cost. e 5 cp

L’applicazione dell’articolo 5 cp ai casi di norme nuove giudiziali, di mutamenti interpretativi *in peius*, è doverosa, ma anche giustificata, solo se si tratta di evoluzioni legittime.

Viceversa, essa costituisce un’autoassoluzione dello Stato di fronte alle proprie inadempienze, l’ipocrisia di “scusare” le colpe delle istituzioni, quando quella irretroattività *ad personam* dipende da analogie vietate, da difetti di tipicità delle fattispecie o manipolazioni indebite del loro contenuto.

L’articolo 5 cp è una *scusante*, che non tocca la perfetta legalità della norma e la sua vigenza anteriore al fatto; il divieto di retroattività imposto dall’articolo 7 Cedu è invece *un limite alla legalità* e dunque un correttivo alla sua applicazione oggettiva.

La norma costituzionale che trova qui applicazione perché all’origine della sentenza della Corte costituzionale sull’*ignorantia legis* è l’articolo 27, co. 1,

Cost. oggi da rileggere attraverso l’articolo 7 Cedu: la responsabilità penale personale, infatti, non ha conosciuto evoluzioni ermeneutiche significative dopo il 1988 sul piano dell’*ignorantia legis*¹⁰¹. Le innovazioni più importanti sono venute dalla Corte Edu¹⁰². Attualmente, la *riconoscibilità del precetto* è un principio che riguarda sia la legalità e sia la colpevolezza in una reciproca interazione di effetti¹⁰³.

Tuttavia si tratta di piani distinti: la *riconoscibilità del precetto*¹⁰⁴ è un dovere dello Stato e può viziare l’applicazione della legge sul piano oggettivo. La *non riconoscibilità del precetto sul piano soggettivo* può dar luogo a una *scusante* – per quanto oggettivata e normativizzata come tutte le cause di esclusione della colpevolezza – solo se il profilo della oggettiva riconoscibilità non è stato compromesso da inadempimenti originari dello Stato o di suoi organi.

Questa distinzione di piani è alla base del riconoscimento del valore vincolante, per le Sezioni semplici, delle statuizioni delle Sezioni unite della Cassazione ex articolo 618 cpp: non vincolano le interpretazioni (attività intellettuale, pensiero), ma le norme riconosciute al loro interno (prodotto normativo)¹⁰⁵. E solo le norme devono essere riconoscibili, non la più complessa *ratio decidendi* che ne ha sostenuto l’ingresso.

Lo spazio per l’applicazione dell’ignoranza inevitabile della “legge penale” riferita a innovazioni giuridiche suppone che non si tratti di scusare per l’innovatività di una mera interpretazione, di elaborazione teorico-concettuale o di argomentazione, ma di nuove regole di condotta (precetti) o di giudizio (per es. scu-

101. Ampiamente M. Donini, *La personalità della responsabilità penale fra tipicità e colpevolezza*, cit., pp. 1596 ss.; M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale. Attualità e prospettive*, Torino, 2018, spec. pp. 139 ss.; v. pure la rassegna di V. Manes, *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*. *Giurisprudenza sistematica* (2014), in www.cortecostituzionale.it, *Studi e ricerche*, 2014, pp. 49 ss.

102. Cfr. sul punto V. Valentini, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strenghtening o manipolazione auto-distruttiva?*, in DPC, 20 giugno 2016, pp. 18 ss.; Id., *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 136 ss.

103. Sui profili soggettivi v. ora M. Lanzi, *Error iuris e sistema penale*, cit., pp. 139 ss.; G. Rotolo, *Riconoscibilità del precetto e modelli innovativi di tutela*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 55 ss., pp. 101 ss.

104. Sul principio di “riconoscibilità” della legge penale, oltre a C. Cost., 364/1988, § 17, v. G.A. De Francesco, *Il principio della personalità della responsabilità penale, nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, pp. 32 ss., pp. 48 ss.; G. Rotolo, *Riconoscibilità del precetto penale*, cit., spec. pp. 55 ss.

105. Ricordo ancora lo scritto di M. Luciani, voce *Interpretazione conforme (a Costituzione)*, in *Enc. Dir.*, *Annali IX*, 2016, pp. 391 ss., pp. 399 ss., che difende il valore tradizionale dell’interpretazione (non solo di quella “conforme”) come sempre *esplicativo-dichiarativa* (e dunque contesta la distinzione tra disposizione e norma), sì che – a essere conseguenti – ogni nuova interpretazione dovrebbe essere retroattiva, in quanto non costitutiva del contenuto del diritto che pronuncia. Il riconoscimento di quanto tale punto di vista sia in contrasto con le esigenze di garanzia del consociato rispetto alle innovazioni giurisprudenziali imprevedibili è alla base della giurisprudenza della Corte Edu sul tema. Se poi si volesse applicare il divieto di retroattività alle nuove regole elaborate dal giudice dicendo che non sono norme, ma solo “interpretazioni”, il gioco di parole diverrebbe scoperto. Che l’interpretazione produca norme negli ordinamenti positivi di *civil law* è, almeno dai tempi di Kelsen, una innocente descrizione delle cose; ma se riletta in chiave di irretroattività, appare più onesta dell’ideologia del ruolo dichiarativo dell’interprete, da secoli sostenuta (in diritto penale) ai danni delle garanzie dei consociati, e solo apparentemente a tutela dell’indipendenza del potere giudiziario, peraltro cresciuto a dismisura a livello mondiale. Diverso ancora (e più vicino al tradizionale *mood* del penalista) è l’accento sui doveri di tassatività del legislatore e di fedeltà dell’interprete al testo, che emergono da altre riletture contemporanee, orientate a un *diverso tipo di tradizionalismo di garanzia*, in costante critica della cultura ermeneutica contemporanea. V. per tutti A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2011; Id., *Interpreti vs. legislatore. La contesa sul primato sulla produzione del diritto alla luce della carta costituzionale repubblicana*, in *Rassegna parlamentare*, 2012, pp. 541 ss.; Id., *Il vaso di Pandora. Scritti sull’interpretazione*, 2 voll. Mucchi, Modena, 2018.

santi) che non conoscono applicazioni estensive indebite, ma del tutto legittime anche se peggiorative per effetto di nuovi orientamenti ermeneutici.

Secondo una visione sostanzialista e realista del diritto nella realtà contemporanea, possiamo dunque descrivere in modo più chiaro l'intreccio della riconoscibilità oggettiva e dell'esigibilità soggettiva della legge penale, secondo una triplice dimensione degli oggetti di riferimento del sapere normativo:

- a) conoscenza/conoscibilità della legge (articolo 5 cp, 27, co. 1 e 3, Cost., 7 Cedu);
- b) conoscenza/conoscibilità del diritto (articolo 2 cp, 25 cpv. Cost., 7 Cedu);
- c) conoscenza/conoscibilità della qualificazione giuridica dei casi e dei casi-norma (Corte Edu).

18. Sei regole deontologiche di ermeneutica penale

L'ermeneutica penale è oggi molto diversa da quella tramandata dai nostri manuali che ancora non hanno recepito il diritto giurisprudenziale come un dato fisiologico, come se il diritto che insegnano, ben distinto dalla legislazione, fosse solo il *Professorenrecht*. Le riflessioni svolte spiegano la compatibilità tra le numerose acquisizioni dell'ermeneutica generale del secondo Novecento con una prassi legittima anche penale. Esse illustrano però anche varie deviazioni preoccupanti.

Che parte della magistratura penale italiana abbia smarrito la cultura della legalità per seguire i sentieri del diritto libero, del *case law*, e del creazionismo giudiziario, è un dato di fatto¹⁰⁶ che fa da controcanto alle deleghe parlamentari illegittime attuate attraverso "semilavorati" legislativi¹⁰⁷, che dovrebbero incontrare la censura demolitiva della Corte costituzionale.

Alla luce di quanto già esposto, si possono compendiare alcuni criteri direttivi che favoriscano una cultura del *self-restraint* nell'ermeneutica penale, senza ridurla ad applicazione di regolamenti.

Il giudice penale non supplisce mediante nuove disposizioni ai doveri legislativi inadempiti dalla politica, ma al novero di tali inadempimenti non appartiene la richiesta legislativa di un'attività di concretizzazione della legge.

Occorre evitare l'argomento delle lacune da colmare. Le lacune in via interpretativa si colmano in diritto civile. In diritto penale, invece, esistono solo lacune nella non punibilità, non nella punibilità (analogia solo *in bonam partem*)¹⁰⁸.

Sono soprattutto le possibili soluzioni in diritto, più che le "decisioni", nella dimensione dell'interpretazione in astratto delle regole e della casistica consolidata, che possono e devono essere prevedibili. La stessa loro applicazione ai casi concreti contiene margini di variabilità più incerta che fa parte della vita del diritto, anche di quello penale.

L'onestà intellettuale del giudice che riconosce come uno "strappo" rispetto al passato l'innovazione ermeneutica *in peius* (legittima) che non sia meramente esemplificativa della regola e risulti peraltro generalizzabile, gli impone di applicarla solo ai casi futuri, in conformità agli articoli 7 Cedu, 27, co. 1, Cost. e 5 cp, alternativamente operanti.

Non è sempre facile distinguere interpretazione estensiva e analogia. C'è peraltro un *test* di prova, ed è se si sarebbe costretti, onestamente, a riscrivere la stessa disposizione di legge adottando una certa sua estensione. Se fosse mera innovazione normativa (che non altera la scrittura della disposizione), potrebbe scusare non averla conosciuta, ma sarebbe come l'interpretazione autentica, che opera *ex tunc*; se modifica o è dubbio che modifichi la disposizione, allora o opera *ex nunc*, oppure comunque si deve applicare la scusante, in caso di imprevedibilità.

La difficoltà di qualificare un'interpretazione come estensiva o analogico-creativa, cioè tale da modificare la disposizione, dovrebbe imporre di ritenerla, nel dubbio, sempre analogica, ma comunque di applicare, in caso di sua ritenuta legittimazione ermeneutica, la scusante dell'ignoranza inevitabile: perché è vero che anche l'analogia può essere prevedibile e prevista, ma se si tratta di possibile analogia non dovrebbe mai entrare nel sistema in via giudiziale (*in dubio pro analogia*)¹⁰⁹. Viceversa, se il dubbio sulla sua qualificazione viene in qualche modo risolto nel senso della mera estensione, deve essere bilanciato con una effettiva valutazione della scusabilità dell'ignoranza. La diversa, tradizionale lettura che disapplica la scusante appare invece ispirata a una cultura autoritaria e non liberale dei rapporti fra Stato e consociati.

106. Cfr. ancora l'illustrazione di D. Micheletti, *Jus contra lex*, cit., pp. 161 ss.

107. V. di nuovo G. Fiandaca, *Prima lezione*, cit., pp. 123 ss.

108. T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario*, cit. (da *Studi di storia* etc.), p. 181.

109. Ho proposto questa regola pratica in Donini, *Disposizione e norma*, cit., pp. 109 ss., p. 113; v. ora nello stesso senso, V. Manes, *Dalla "fattispecie" al "precedente"*, cit., pp. 10 ss.