

LE 'MASSIME' FRA LA LEGGE E IL GIUDIZIO *

Emanuele Fragasso Jr. **



SOMMARIO 1. Un'intuizione letteraria di Leonardo Sciascia. – 2. La legge pre-esiste alla sua interpretazione, mentre la sua applicazione dipende anche dal giudizio sul fatto che ne costituisce l'oggetto. – 3. L'origine e le funzioni delle 'massime'. – 4. Il 'tempo presente' fra il declino della legislazione ed il diritto vivente, nella cornice delle 'massime'. – 5. Considerazioni finali.

1. Un'intuizione letteraria di Leonardo Sciascia

Per il tramite di un pensiero attribuito al Capitano Bellodi, lo Scrittore di Racalmuto disegna un'immagine potente, sulla quale il legista deve interrogarsi:

«[...] le leggi vanno assottigliandosi attraverso i gradi di giudizio del nostro ordinamento, fino a raggiungere quella trasparenza formale in cui il merito, cioè l'umano peso dei fatti, non conta più; e, abolita l'immagine dell'uomo, la legge nella legge si specchia»¹.

In questa cornice speculativa il *diritto* si esaurirebbe nell'immagine (auspicabilmente fedele) della legge, un'immagine rischiarata – aggiungiamo noi – dall'impiego di *massime*, “*foglietti*” e *relazioni*², concernenti una più ampia ricognizione di concordanza o contrasti giurisprudenziali su determinate questioni di diritto penale, sostanziale o processuale. Dunque, la *legge* e la sua *interpretazione* da parte dei giudici che ad essa soltanto sono soggetti (art. 101, co. 2 Cost.).

Nondimeno, sarebbe arbitrario ed erroneo limitare soltanto a questo binomio l'estensione concettuale della giurisdizione penale³. Essa comprende, infatti, oltre

* Questo scritto è destinato alla pubblicazione negli *Atti dei seminari sulla prevedibilità del diritto e sul ruolo del precedente*, Università di Roma *La Sapienza*. Al loro Curatore, Prof. Massimo Donini, il ringraziamento dell'autore per l'autorizzazione alla stampa anticipata in *disCrimen*.

** Avvocato del Foro di Padova e Studioso *senior* di Procedura penale dello *Studium patavinum*.

¹ L. SCIASCIA, *Il giorno della civetta*, in ID., *Opere 1956-1971*, a cura di C. AMBROISE, Classici Bompiani, 2^a ed., 1989, 460.

² Su questi tre generi di documentazione giurisprudenziale, oggi agevolati dall'informatica, V. MARINELLI, voce *Precedente giudiziario*, in *ED*, aggiornam., VI, Giuffrè, 2002, 894; G. GORLA, *Giurisprudenza*, in *ED*, XIX, Giuffrè, 1970, 489 ss., spec. 507-509.

³ Pone in luce la *interrelazione* tra il fatto storico e la fattispecie astratta, poiché la valenza assiologica del fatto può influenzare, attraverso l'interpretazione del giudice, la dimensione giuridica della norma M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, ora in ID., *Scritti patavini*, Giappichelli, 2017, II, 1111 ss., spec. 1116-1117. Altrettanto importante, ai fini della distinzione

all' *interpretazione* della legge, pure la sua *applicazione*, nel rispetto – s'intende – dei casi e dei tempi considerati nelle leggi penali⁴.

In questa direzione orientano, in primo luogo, gli artt. 12, co. 1 e 14 delle Disposizioni preliminari al codice civile che correlano l'interpretazione della legge alla sua *applicazione*, limitandola *ai casi* e ai tempi in essa considerati, allorchè si tratti di leggi penali. Né si può trascurare, poi, l'art. 606, co. 1, lett. *b*) c.p.p. che include tra i casi di ricorso per cassazione l'inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell' *applicazione della legge penale* ai fatti che costituiscono l'oggetto dell'imputazione o che concernono la punibilità e la determinazione della pena o della misura di sicurezza (per quest'ultima parte, arg. ex artt. 187, co. 1, 417, co. 1, lett. *b*), 552, co. 1, lett. *c*) c.p.p., in relazione all'art. 546, co. 1, lett. *e*), nn. 1)-4) c.p.p.).

Il richiamo anche dell' *applicazione* non riduce la legge alla c.d. *prassi* di questo o quell'altro giudice e non esprime adesione alle teorie della giurisdizione creativa⁵: pone in luce, invece, che il rispetto della legalità – sostanziale e processuale – esige la correttezza sia dell'interpretazione *astratta* della legge, sia della sua applicazione *concreta* al 'caso' che è oggetto del giudizio.

Ne consegue che al binomio iniziale si deve aggiungere un terzo elemento, vale a dire il *giudizio* che si riferisce tanto alla legge, quanto al fatto oggetto della *res iudicanda*.

Breve legge, interpretazione ed applicazione sono i tre capisaldi che presidiano il *giudizio penale* sul *fatto storico* e che devono essere attentamente valutati anche nello studio delle massime.

2. La legge pre-esiste alla sua interpretazione, mentre la sua applicazione dipende anche dal giudizio sul fatto che ne costituisce l'oggetto

2.1. Come è noto, il problema dell' *interpretazione* e dell' *applicazione* della *legge*

fra *giudizio di fatto* e *giudizio di diritto*, è il limpido insegnamento di S. SATTA, *Il formalismo nel processo*, ora in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, 1968, 44 ss., spec. 57 ss..

⁴ F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, La nave di Teseo, 2023, *passim*, spec. 9 ss. sulla eccezionalità del diritto penale; ne offre un'incisiva recensione G. CIVELLO, in *RIDPP*, 2023, 1265-1266.

⁵ Per una critica motivata di questi orientamenti, in quanto lesivi del principio di legalità, L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Laterza, 2024, 100-107. Dedicata alla *prassi* precise osservazioni – con riferimento soltanto al diritto civile ed amministrativo – G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Laterza, 1996, 147-164, ove ricorda anche il discorso tenuto da Vittorio Scialoja nel 1911, a Roma, su «Diritto pratico e diritto teorico».

fu oggetto di un carteggio tra Ascarelli e Carnelutti⁶, nel quale il primo sosteneva che la norma «in realtà non esiste se non nella sua applicazione [...]», mentre il secondo obiettava che affermarne l'inesistenza «[...] sarebbe come dire che non esiste il fucile fino a che non spara». Invero, proseguiva Carnelutti, la legge esiste prima del fatto; il giudizio, invece, no: esso 'presuppone' la commissione di un fatto *già avvenuto*.

Quindi, si deve tenere distinta la norma dal *giudizio*, nella consapevolezza che, pur potendo l'epilogo decisorio accertare addirittura che *il fatto non sussiste*, questa eventualità non contraddice la preesistenza della norma rispetto al fatto⁷. Invece, essa fornisce un ulteriore argomento a conferma della tesi che esclusivamente il *giudizio* non esiste prima che venga emesso *il provvedimento che dispone il giudizio* oppure *la citazione a comparire* dinanzi ad un giudice, affinché questi decida *sull'ipotesi* che uno specifico *fatto-reato* sia stato commesso da una *persona fisica* determinata. Invero, i suddetti *atti processuali* sono le *condizioni* del sorgere e dello svolgersi validamente del processo di cognizione⁸; *non lo è*, invece, *la fondatezza* – in fatto o in diritto – della domanda⁹ e del suo oggetto. È proprio la distinzione ora enunciata che consente, quindi, di parlare di *astrattezza* ed *autonomia* del giudizio.

La *norma*, invece, esiste proprio «nel testo, cioè in quel costrutto di parole, le quali [...] vogliono significare qualcosa e questo qualcosa [...] ha una sua funzione [...]: nientemeno che modellare la storia [...]»¹⁰.

⁶ T. ASCARELLI-F. CARNELUTTI, *In tema di interpretazione ed applicazione della legge*, in *RDP*, 1958, 14-26.

A proposito della replica di Carnelutti, è stato successivamente obiettato che «[...] un fucile che non spara e che, anzi, non sparerà mai, in concreto non è un fucile, semmai un soprammobile: esso non svolge la sua funzione, come la disposizione che non sia mai (o ancora) applicata»: U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Cedam, 2003, 94. Nondimeno, osserviamo che se quel fucile è 'funzionante', cioè idoneo a sparare, esso continua ad essere giuridicamente un'arma, la cui detenzione ed il cui porto sono regolati dalla legge, salva l'ipotesi estrema di una sua sopravvenuta inidoneità rilevante *ex art. 49, co. 2 c.p.* Col che si torna a confermare la fondatezza della replica di Carnelutti ad Ascarelli.

⁷ Spiega in maniera tersa che la descrizione legislativa (*e.g.*, nel diritto penale, la fattispecie incriminatrice, *generale* ed *astratta*) «si protende verso il futuro, si sforza di pre-vedere e ingabbiare ciò che può avvenire» N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, 2016, VII e *passim*.

⁸ Cfr., in tal senso, A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Parte generale, 3^a ed., Cedam, 1999, 58-61.

⁹ A. CAMON, in A. CAMON, C. CESARI, M. DANIELE, M.L. DI BITONTO, D. NEGRI, P.P. PAULESU, *Fondamenti di Procedura Penale*, 4^a ed., Wolters Kluwer Cedam, 2023, 10-12.

¹⁰ F. CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 24, ove menziona genericamente un libro postumo di J. Goldschmidt, che, se non ci inganniamo, corrisponde a quello di ID., *Problemi generali del diritto*, Opera postuma, Cedam, 1950, spec. 108-111, ivi definendosi le *norme giuridiche* come *dichiarazioni di una attività ipotetica* del giudice, cioè *promesse di protezione giuridica* per il danneggiato e *minacce di repressione*, specialmente di pena, contro il colpevole.

D'altra parte, il principio di soggezione del giudice alla legge esprime soggezione alla «*normatività linguistica*», come osserva Irti¹¹ con riferimento al testo dell'art. 12, co. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale, ponendo in luce il divieto, in esso contenuto, di attribuire alla legge «[...] *altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole* [...]». Dove senso "palese" – in linea con la sua radice etimologica latina *palam* – indica ciò che è visibile e percepibile, in quanto è l'"aperto"¹².

Ne consegue che – eccettuati i casi in cui la decisione si limiti alla dichiarazione dell'insussistenza del dovere di procedere – il *giudizio* finale contiene: a) l'*accertamento dei fatti* che costituiscono l'oggetto della prova, ex art. 187 c.p.p.; b) l'*interpretazione della legge* che deve essere osservata per la decisione delle questioni penali e civili; c) l'*applicazione della legge* al fatto quale è stato giudicato.

2.2. *Fatto e diritto* concorrono a formare una «spirale» ermeneutica¹³ che, nel suo movimento circolare, coglie la relazione biunivoca tra *interpretazione* ed *applicazione* della legge in maniera più corretta e fedele rispetto alla tradizionale metodologia, rappresentata dall'andamento lineare propugnato dall'opposta tesi della precedenza logica e cronologica dell'un procedimento rispetto all'altro.

Grazie alla «spirale» ermeneutica, si staglia la concreta realtà del diritto ed acquista evidenza la *corrispondenza reciproca* del *diritto* rispetto al *fatto* che – per dirlo ancora con Baratta – «si convertono l'uno nell'altro: *ex facto ius oritur*, così come *ex iure factum oritur*»¹⁴.

2.3. Ai precedenti rilievi di *metodologia* del pensiero giuridico se ne possono aggiungere altri di natura processuale. Essi sono suggeriti dal mutamento che è intervenuto nella scelta del metodo della motivazione della sentenza penale: per molti anni, aveva campeggiato il *ragionamento deduttivo*, ma, con l'avvento del giudizio di tipo accusatorio fondato sul *contraddittorio*, alla logica *deduttiva* si è sostituita

¹¹ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti (quasi un diario)*, La nave di Teseo, 2021, 29.

¹² Notoriamente, *clam* significa, invece, il "nascosto": ID., *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., *ibidem*. Vale a dire, nel modo di Orazio, le *abdita rerum*, cioè i concetti fino ad ora sconosciuti, ignorati, nuovi, secondo la traduzione che offre F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*, Rosenberg-Sellier, 3^a ed., 1950, 4, alla voce del sostantivo neutro plurale.

¹³ Muovendo da W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, Köln-Berlin, 1968, 107-108, definisce in questi termini il «nesso dinamico tra interpretazione ed applicazione» A. BARATTA, *Presentazione*, in K. ENGEL, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, 1970, XXIV.

¹⁴ BARATTA, *Presentazione*, cit., XXV.

quella *abduittiva* o *induttiva*¹⁵. Il ragionamento decisorio, oggi, ha per oggetto, infatti, le rispettive *ipotesi* elaborate e provate sia dall'accusa sia dalla difesa e ciascuna ipotesi ha come baricentro gnoseologico la simmetrica «ricostruzione di un *fatto* alla luce di una *norma*»¹⁶.

Inoltre, anche in Italia si è sviluppata, negli ultimi lustri, quella che, in un non lontano passato, sembrava una tendenza tipica soltanto dei giudici anglosassoni: trarre dall'analisi dei fatti l'elemento che la dogmatica germanica definirebbe la «*natura delle cose*» e che, poi, il giudice trasfonde nel giudizio di diritto¹⁷. Invero, l'impiego, anche da parte del nostro legislatore, di concetti vaghi come quello di «*ragionevole*» (e.g., nell'art. 533, co. 1 o negli artt. 408, co. 1, 425, co. 3 e 554 *ter* c.p.p.) fa sì che essi suscitino valutazioni qualificabili ora come questioni di fatto, ora come questioni di diritto, conformemente, cioè, alle diagnosi ed alle prognosi concettuali formulate dai giuristi – italiani e stranieri¹⁸ – che parteciparono al citato Convegno ferrarese del 1985.

Queste modificazioni si proiettano anche nello scrutinio, da parte della Corte di cassazione, della *ri-costruzione* del *fatto che fu*, come operata dal giudice territoriale. Con la conseguenza che la diagnosi di *logicità* o, invece, di *manifesta illogicità* della simmetrica *ipotesi* non può omettere di esaminarne l'oggetto, vale a dire la ricostruzione del *fatto*. Il controllo della Cassazione – cadenzato anche sulla probabilità¹⁹ o improbabilità dell'ipotesi ricostruttiva – si estende, per questa via, al binomio *fatto-diritto*, cioè alla ricostruzione del fatto ed alla simmetrica *qualificazione giuridica* del medesimo. Naturalmente – giova ribadirlo con chiarezza – il riferimento allo scrutinio, in sede di legittimità, della probabilità o no dell'ipotesi ricostruttiva *non mira a trasformare* la Corte di cassazione in *giudice di terza istanza*: un esauriente approfondimento di questo cruciale problema sarebbe incompatibile, però, con i limiti della riflessione che stiamo svolgendo. Tuttavia, pur aderendo alla linea ermeneutica secondo la quale il controllo della motivazione, in sede di legittimità, deve essere effettuato soltanto nel rispetto dei casi fissati dall'art. 606, co. 1, lett. e) c.p.p.²⁰, è opportuno

¹⁵ G. CANZIO, *Dire il diritto nel XXI secolo*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 142 e 146-149.

¹⁶ L'espressione è di F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2^a ed., 2023, 66-67.

¹⁷ E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale, Ferrara 10-12 ottobre 1985, Cedam, 1988, 313.

¹⁸ P.S. ATIYAH, *Judgments in England*, in *La sentenza in Europa*, cit., 154-155.

¹⁹ G. CANZIO, *Dire il diritto*, cit., 208-215.

²⁰ L'oggetto del suddetto controllo è costituito, quindi, dalla 'diagnosi' dell'illogicità manifesta e

precisare che se il ricorso *non prospetta una diversa interpretazione dei risultati di prova*²¹, esso può censurare sia la manifesta illogicità della motivazione, sia – a cascata – la violazione della regola che subordina la legittimità della condanna penale al *superamento (beyond) di ogni ragionevole dubbio*. La qual cosa estende il raggio del controllo di legittimità *oltre* il perimetro della non contraddittorietà e della manifesta irragionevolezza: un’ennesima conseguenza dell’applicazione del ragionamento induttivo nel campo del giudizio penale²².

2.4. Ad esempio della correlazione tra il *fatto* ed il *diritto*, si può evocare, per tutte, una recente, importante sentenza della Corte di cassazione²³. Essa ha sussunto il *silenzio* nella nozione di *raggiro*, ex art. 640, co. 1 c.p., a condizione che *dalla fattispecie storica* si desuma che non si tratta di *silenzio-inerzia*, bensì di *silenzio eloquente*. Questa distinzione viene desunta da una pluralità di criteri:

i) la nozione di *raggiro* non coincide con quella di *artificio*, già sul *piano semantico*, nel cui ambito viene significata quella condotta, per lo più di natura verbale, ispirata ad astuzia ed idonea a determinare un’erronea rappresentazione della realtà nel destinatario (par. 1.2.4. del *C.i.d.*);

ii) il *silenzio* può assumere la qualifica giuridica di *raggiro* se sia corredato, *in*

decisiva della motivazione della sentenza impugnata, come ribadito da Cass. pen., Sez. VI, sent. 27 aprile 2023, n. sez. 566, Mori *et AA.*, 62-63 del par. 6.3. del *C.i.d.*. Di questa sentenza segnala la *precisione* e l’argomentazione *asciutta*, oltre che apprezzarne, a buona ragione, la *richiesta di adesione* e, quindi, di *ritorno* allo specifico metodo logico-giuridico della motivazione – come una paziente indicazione agostiniana verso un «*in te ipsum redi*» – A. CISTERNA, *Un passo indietro sul metodo storico che impone rigore giuridico sui fatti*, in *GD*, 2024, 5, 67-70 e 54, ove è riassunta una sapiente quanto perspicua *relazione* sulla citata sentenza a proposito dei rischi di *pre-comprensione*, se non di *pre-giudizi* ai quali è esposto il giudice che ‘cede’ alle «*suggestioni della storia e della politica*».

²¹ Se, in altri termini, l’impugnante non propone alla Cassazione una diversa interpretazione del *significato*, ma incentra la censura sul *significante*, per dedurre un travisamento – creativo o per eliminazione – in motivazione, allora il motivo dell’impugnazione è ammissibile. Con il corollario che, per questa via, risulta censurabile il giudizio di colpevolezza dell’imputato, evocando una corretta applicazione del canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio. Sulla distinzione tra *significante* e *significato* – frutto del pensiero di DE SAUSSURE – è illuminante l’esegesi offerta da N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, cit., 16 e 36. Vi si apprende che il rapporto tra i due lemmi succitati garantisce la *comprensione* e ne tutela l’unità e la *reciprocità*. Infatti, «*si vuole* se si capisce» e *si capisce* se i parlanti osservano le regole dello strumento linguistico.

²² F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 67, sottolinea che la *Cassazione dell’induzione*, pur perdendo *certezza* a favore della *probabilità*, aggiunge nondimeno la *giustizia* alla *legittimità*. Sul ragionamento del giurista, *non sempre deduttivo*, «ma talvolta induttivo o, se si vuole, intuitivo», vd. G. CRIFÒ, *Introduzione*, in T. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza* (München, 1953), Giuffrè, 1962, XXIII.

²³ Cass. pen., Sez. II, sent. 3.10.2023, n. 46209, Rel. D’Auria, in *De Jure*.

concreto, da elementi che lo trasformino in un *fatto concludente*, atto a circonvenire la vittima (*ibid.*);

iii) (*segue*) il silenzio di tal specie assume, quindi, il *carattere comunicativo*, che è proprio del *silenzio eloquente*, così acquistando la *tipicità* e la *idoneità lesiva concreta* che connotano il *raggiro tipico* (*ibid.*);

iv) *ergo*, il silenzio c.d. eloquente è *una specie di raggiro* quando «in rapporto alle concrete circostanze del caso, cela un determinato comportamento concludente idoneo ad ingannare la persona offesa [...]».

2.5. Ne consegue che l'*interpretazione giuridica* della fattispecie incriminatrice generale ed astratta e la consequenziale *diagnosi giuridica differenziale* tra i delitti previsti, ad esempio, dall'art. 316-ter c.p., o, invece, dall'art. 318 c.p. ed il delitto incriminato dall'art. 640 c.p., discendono dalla *corretta applicazione* del *nomen delicti* che corrisponde *al fatto concreto* specificamente accertato «*nel contesto*» fenomenico valutato (par. 1.2.4. del *C.i.d.*)²⁴.

Fatto e diritto, quindi, non devono essere esaminati separatamente, ma congiuntamente, perché soltanto per questa via essi forniscono le risposte necessarie per l'*explanatio* di competenza del giudice e delle parti nell'ambito del giudizio penale. Ma tale conoscenza, come presto si osserverà, non viene fornita – *direttamente* – dalla preparazione e dallo studio delle massime, salva – s'intende – la *precisione* e la *concisione*²⁵ del loro estensore²⁶, grazie alle quali la massima può acquistare un grado esplicativo particolarmente elevato.

²⁴ La tesi del *silenzio-raggiro*, sviluppata dalla citata sentenza della Cassazione, era stata già sostenuta da autorevoli giuspenalisti: cfr., in ordine di tempo, A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio*, Ristampa riveduta, Jovene, 1951, 142-144 (dove si fa riferimento esplicito alla *reticenza colpevole*) e C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Giuffrè, 1955, 184-198 (nelle quali si interpreta il *silenzio* non già nella prospettiva del *nihil* dell'omissione, bensì in quella della c.d. *Interferenztheorie* e della *condotta concludente*, in cui il silenzio *opera* per indurre il soggetto passivo all'atto di disposizione, magari *sfruttando* e *consolidando* un errore già esistente). Siffatto risultato ermeneutico è tutt'altro che marginale, a fronte del consolidato indirizzo interpretativo – proprio del diritto civile – secondo il quale *qui tacet neque negat neque utique fatetur*. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Wolters Kluwer-Cedam, 2022, 50^a ed., a cura di G. Trabucchi, 172.

²⁵ La *precisione* riguarda le cose e va al fatto, togliendo via le idee estranee; la *concisione* lo narra in poche parole, togliendo le parole superflue: così N. TOMMASEO, *Nuovo Dizionario dei Sinonimi della Lingua Italiana*, F.lli Melita ed., Rist. anastatica, 1990, 189 (voce 738).

²⁶ Cfr., al proposito, la comparazione effettuata da M. BRANCACCIO, *Il linguaggio e la struttura delle sentenze della Corte EDU: differenze e similitudini tra modelli nazionali e modelli sovranazionali*, in *CP*, 2023, 2130 ss., spec. 2138 ss.

3. L'origine e le funzioni delle 'massime'

3.1. Come è noto, l'*Ufficio del Massimario* fu istituito, in Italia, con l'art. 68 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario), ma le nozioni di *massime*, "foglietti" e *relazioni* erano, da tempo, ampiamente diffuse ed utilizzate nel mondo giudiziario, al punto che il sostantivo *massima* è stato sempre considerato sinonimo di *precedente giurisprudenziale*²⁷, al di là del fatto che l'ordinamento di riferimento fosse o no soggetto alla regola dello *stare decisis*²⁸.

Invero, sin dal 1931 l'attenzione del Presidente D'Amelio²⁹ si concentrò sul problema del mantenimento dell'uniformità dell'interpretazione della legge e sul pericolo che potessero realizzarsi delle difformità «*prodottesi incoscientemente*», dovute alla mancanza di conoscenza della giurisprudenza di legittimità rilevante al proposito. A questo fine, D'Amelio curò l'organizzazione di *due Uffici* distinti, in seno alla cassazione: l'*Ufficio del massimario* e l'*Ufficio del ruolo*. Quest'ultimo doveva esaminare preventivamente *ogni ricorso per cassazione* ed il *relativo processo* per compilare, poi, il «*modulo*» da inviare al Primo Presidente. Questi sarebbe stato informato, in tal modo, del *contenuto problematico* dell'impugnazione anche nella più ampia cornice del *corrispondente processo*. Il che induce ad ipotizzare che il «*modulo*» consentisse pure la conoscenza delle *circostanze di fatto* indispensabili per interpretare meglio le questioni di diritto sviluppate nell'atto di impugnazione. Inoltre, il compilatore doveva rinvenire nell'Ufficio del massimario le precedenti decisioni di controversie identiche o analoghe, segnalando le massime estrapolate. Infine, la ricerca si estendeva al reperimento delle violazioni di forma che potevano causare l'irricevibilità dell'impugnazione³⁰.

²⁷ Ne segnala le *ricadute*, non sempre positive, S. FURFARO, *Nomofilachia*, in *DigDPen*, VI *Aggiornamento*, Utet, 2011, 336 ss., 340-342, ove si rinviene anche un ricco ed articolato resoconto bibliografico.

²⁸ Preferisce parlare di *forza* del precedente per indicare «l'intensità con cui esso riesce a influire sulle decisioni successive» M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in AA.VV., *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, in *Biblioteca Juridica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de UNAM*, www.juridicas.unam.mx, 802-803. Vd. pure A. CADOPPI, *IL valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 1999, 167-216 e 255-300; ID., *Introduzione allo studio del valore del precedente giudiziale nel diritto penale italiano*, in *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, (a cura di V. VINCENTI), Cedam, 1998, 106 ss., spec. 140-145.

²⁹ M. D'AMELIO, *Corte di cassazione*, in *Enciclopedia Italiana Treccani*, 1931, XI, citato da F.A. GENOVESE, *Gli Uffici del Massimario e del Ruolo dalle origini all'unificazione nella Cassazione (1924-1941)*, in *Le Carte e la Storia*, 1, il Mulino, 2022, 61.

³⁰ Vd. anche F.M. DAMOSSO, *La massima come fonte nel sistema del precedente*, in *CP*, 2020, 1708,

Pertanto, la stesura del *modulo*, da una parte, agevolava la conoscenza del *fatto*, particolarmente di quelle *circostanze storiche* – oggettive e soggettive – rilevanti o addirittura decisive sia per l'interpretazione *astratta* della legge, sia per la sua applicazione *concreta* al fatto giuridico. Dall'altra parte, il modulo assicurava la conoscenza delle *massime* che, per Viehweg³¹, fanno parte dei «*topoi specializzati*», utili a fornire «*une sorte de répertoire facilitant l'invention*». In tal modo risultava garantita la cognizione dei presupposti per la corretta *applicazione della legge al fatto* e veniva rafforzata l'utilizzazione del precedente specifico per saggiarne l'applicabilità al '*caso*'³² da decidere successivamente.

3.2. La successiva attribuzione del *Massimario* e del *Ruolo* alla competenza di *un unico ufficio* ne ha concentrato l'attenzione verso la redazione delle '*massime*', distogliendola però dal riferimento al '*caso*', già deciso o da decidere. Se ne coglie l'eco grazie alla consultazione delle più diffuse Riviste giuridiche: alcune riservano un'apposita sezione alle «*Questioni controverse della giurisprudenza di legittimità*» (e.g., *Cassazione penale*), altre contengono specifici «*Osservatori*» sulla giurisprudenza della *Corte Costituzionale*, della *Corte di Cassazione* – Sezioni Unite, Diritto penale e Processo penale – e sui *contrast giurisprudenziali* (e.g., *Diritto penale e processo*) oppure ancora, sotto la voce «*Rassegna delle massime della Cassazione penale*», suddividono l'esposizione dei 'precedenti' in due categorie, delle quali la prima contiene, dopo il c.d. '*telegramma*', «*Il Principio*» con la sintesi del principio giuridico enunciato, e «*La Nota*» in cui si espongono più precisi riferimenti alla *ratio decidendi* e ad ulteriori precedenti giurisprudenziali (e.g., *Guida al Diritto*), o, invece, aggiungono alle predette «*Rassegne*» anche quella «*Bibliografica*» che consente di conoscere le

spec. 1746 ss. sulla massima '*normativa*', su quella "*con fattispecie*" e sulla "*massima di specie*"; G. AMOROSO, testo dattiloscritto della Relazione, *Nomofilachia e Massimario*, 12 aprile 2017 per la *Struttura di formazione decentrata della Corte di cassazione*, 3-7.

³¹ T. VIEHWEG, *Topica*, cit., 37-40. Al riguardo cfr. M. TARUFFO, *Precedente*, cit., 796, ove pone in luce che i precedenti rappresentano i *topoi* che orientano l'interpretazione della norma nella fase dialettica della *Rechtsfindung*.

³² Il *caso*, nel processo penale, rappresenta un'espressione di vita, «un pezzo di vita vissuta» che ha una *dimensione giuridica* (i.e., l'imputazione), una *dimensione logica* (i.e., la teoria del caso, ovvero la spiegazione di ciò che è avvenuto) ed una *dimensione temporale* (i.e., la storia del caso): in questi termini F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., 330. Ma «*caso*» non è immancabilmente sinonimo di «*evento*». Lo diventa soltanto se il diritto, volendo dominare il divenire del mondo, sottopone l'*evento futuro* (pre-visto dal legislatore) ad una legge che, regolandolo, prescrive un agire o non agire e, così, ne fa *un caso* della propria applicazione: N. IRTI, *Un diritto*, cit., 20-21 ed E. SEVERINO, *Legge e caso*, Adelphi, 1990, 14-15.

articolazioni e lo sviluppo degli scritti più recenti della Dottrina penalistica, anche straniera (e.g., *Rivista italiana di diritto e procedura penale*).

Ne consegue una diffusione più ampia, tra gli avvocati, magistrati e studiosi, di un assai vasto repertorio giurisprudenziale. Il sistema informatico ne agevola la consultazione, *offrendo* la disponibilità di un maggior ‘numero di dati’, alla quale sintetica conoscenza, purtroppo, non viene fatta sempre seguire la lettura della motivazione della sentenza esaminata.

A cascata, si profilano le conseguenti difficoltà e, nei casi più gravi, i corrispondenti pericoli. Converrà darne succintamente conto.

In primo luogo, la *comprensione* del ‘precedente’ è ostacolata se, al contempo, non si conosce la fisionomia della fattispecie concreta oggetto della decisione.

In secondo luogo, la ‘*massimazione*’ è subordinata alla condizione che il principio di diritto sia *universalizzabile*³³.

Su entrambi i pericoli torneremo nel prossimo paragrafo dove abbozzeremo alcune riflessioni generali. È opportuno, però, annotare subito un’osservazione suggerita dall’analisi, seppur in termini statistici, di alcuni *parametri quantitativi*, concernenti il numero delle sentenze della Corte di cassazione, la ‘estensione’ delle loro motivazioni – più o meno conformi al requisito della *concisione*, ex art. 544, co. 1 c.p.p. – ed il numero dei magistrati che compongono l’Ufficio del massimario. Ci si avvede, in tal guisa, che le Sezioni penali della Corte di cassazione pronunciano mediamente 50.000 sentenze l’anno³⁴. A questa misura si contrappone quella riferita alle decisioni delle Magistrature superiori di altri Stati: la *House of Lords* delibera circa 100 sentenze all’anno, mentre la Corte Suprema degli Stati Uniti, che è anche giudice costituzionale, ne pronuncia meno di 200³⁵. L’‘organico’ del “massimario” italiano contempla un solo magistrato con funzioni di legittimità (il Direttore), oltre a 52 magistrati, dei quali 30 con funzioni di appello e 22 con funzioni di Tribunale, oltre a 3 Consiglieri della Corte³⁶. Si evince agevolmente che l’impegno lavorativo che ne discende è assai gravoso, con possibili irradiazioni sui risultati finali.

³³ Proprio così esprime il suo pensiero M. TARUFFO, *Precedente*, cit., 796-797.

³⁴ Cfr. M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, 800 e G. ROMEO, *Concisione delle sentenze, Ruolo del massimario e prospettive futuribili del diritto giurisprudenziale*, in *CP*, 2004, 1587 ss., spec. 1594, nel quale l’Autore stima in circa 20.000 provvedimenti annui quelli che meritano di essere valutati ai fini di un’eventuale memorizzazione come precedenti, attraverso la massimazione.

³⁵ Questi dati sono forniti da M. TARUFFO, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*

³⁶ G. ROMEO, *op. cit.*, *loc. cit.*

4. Il 'tempo presente' fra il declino della legislazione ed il diritto vivente, nella cornice delle 'massime'

4.1. Abbiamo già fatto cenno *supra* (*sub* 1.) alla nostra contrapposizione alle teorie della giurisdizione creativa, evocando l'autorevole critica che Luigi Ferrajoli muove a questi orientamenti perché lesivi del principio di legalità.

È opportuno, a questo punto, allargare la ricerca, estendendola alla *lingua* della legge ed al *linguaggio* giurisdizionale³⁷.

Nel pensiero del 'tempo che fu', la *lingua* della legge imprime una *forma* per mezzo di *nomi* e *significati* che rendono i fatti «visibili, intellegibili, riconoscibili»³⁸, con il corollario che essa «è sempre forma eventica», spoglia di «accidentali e irrilevanti particolarità» e racchiusa «nella 'purezza' logica di uno schema»³⁹.

Il *linguaggio* giurisdizionale del 'tempo presente', invece, *comprende* e *valuta* le circostanze irripetibili che fanno di ciascuna *espressione* di vita «un caso e una vicenda irriducibilmente diversa da qualunque altra, pur se l'uno e l'altra sussumibili – per esempio il furto di una mela come il furto di un diamante – nella medesima fattispecie legale»⁴⁰. Per questa via si giunge alla c.d. *argomentazione equitativa*, nel cui nome viene valutata «la complessità e la singolarità» di ciascun fatto alla luce dei «valori costituzionali»⁴¹.

Nondimeno, quest'ultimo metodo comporta il duplice pericolo che il *fatto tipico* venga '*dilatato*' o '*ristretto*', in funzione degli obiettivi ermeneutici del giudicante, e che risulti sacrificato il *senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*, in violazione dell'art. 12, co. 1 delle *Disposizioni preliminari al CC*. Inoltre, l'interpretazione «per valori», anziché per principî costituzionali, è esposta alle obiezioni rivolte, da tempo, al *valore* che viene elevato a criterio di decisione non pre-determinato dalla legge, con tutti i rischi spiegati da Max Weber allo storico Eduard Meyer e con gli eccessi del *fiat justitia, pereat mundus*⁴². Al modello costituito da *nomos* e *logos* viene, infatti, sostituito il *valore* che, in tal modo, viene elevato

³⁷ Siamo debitori, per questi lemmi, nei confronti di L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica*, cit., 102.

³⁸ Così N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, il Mulino, 2020, 12.

³⁹ ID., *op. ult. cit.*, 43.

⁴⁰ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, 35.

⁴¹ ID., *op. ult. cit.*, *ibidem*.

⁴² Se è consentito, rinviemo, sul punto, a E. FRAGASSO, *La c.d. riforma Cartabia: il Nadir del "giusto processo"?*, in *disCrimen*, 25.9.2023, 8, ove si cita C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, (a cura di P. BECCHI), Morcelliana, 2008 (tit. originale *Die Tyrannen der Werte*, Stuttgart, 1960), 56-62. Esclude che principî e valori siano sinonimi ed appartengano al medesimo ambito N. IRTI, *Un diritto*, cit., 63-64.

dall'interprete, anziché dalla legge, a criterio di decisione. Alla stregua, quindi, degli "Standpunkte" (punti di vista) del 'decidente-legislatore' e delle simmetriche *Einlegungen* (immissioni) nel testo della legge di ciò che dentro non c'è⁴³.

V'è di più.

L'ermeneusi in esame *confonde* l'accertamento della *tipicità* con quello dell'*antigiuridicità*, negando, a volte, la prima, in nome dell'assenza della *lesività materiale* che, invece, è requisito costitutivo della seconda⁴⁴.

Infine, alla nozione di reato si sostituisce quella, ben diversa, del c.d. «*contrastato*»⁴⁵ a *fenomeni*, anziché a *fatti-reato*. Con il risultato della metamorfosi del 'diritto penale del fatto' in *prevenzione di situazioni pericolose, vaghe e indeterminate*. Questa trasformazione comporta una *rivoluzione*, nel significato astronomico del sostantivo: il diritto penale, anziché discendere «da un atto di imperio»⁴⁶ – che, in quanto tale, è diritto che proviene dall'alto – sale, invece, "dal basso", assumendo, in molti casi, i connotati della *vendetta*⁴⁷. Dipendendo da un atto di creazione interpretativa, esso infrange il contrafforte della legalità sostanziale. Il processo, così, diventa strumento di comando, con l'aspirazione all'impiego di concetti ed espressioni di natura generale ed astratta.

Per questa via, il linguaggio giurisprudenziale mira ad utilizzare una forma comunicativa che garantisca, come la matematica, la sua *generalizzabilità* e la sua *capacità di astrazione*⁴⁸. Come abbiamo già osservato, in tal modo il *giudizio* si emancipa

⁴³ Vd. G. STELLA, *Introduzione all'edizione italiana*, 17, in B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, Mucchi ed., 2018, spec. 154-155 e *passim*.

⁴⁴ A proposito della dimensione ermeneutica del principio di offensività, vd. M. RONCO, *Il reato: modello teorico e struttura del fatto tipico*, ora in ID., *Scritti patavini*, cit., I, 79 ss., spec. 107-117.

⁴⁵ È un lodevole atto di *parresia* lo scritto di G. FIDELBO, *La corruzione "funzionale" e il contrastato rapporto con la corruzione propria*, in ID. (a cura di), *Il contrasto ai fenomeni corruttivi, dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2020, 27 ss., spec. 32 a proposito delle critiche dottrinali sul rischio di un'applicazione analogica della legge penale e 33-36 sulle ragioni che hanno convinto la giurisprudenza di legittimità a mantenere il suo orientamento interpretativo, per poter «colmare un vuoto di tipicità e sanzionare i "fenomeni" corruttivi più gravi [...]» (35).

⁴⁶ Così F. GIUNTA, *L'eccezione come regola*, cit., 36.

⁴⁷ ID., *op. ult. cit., loc. cit.*

⁴⁸ Senza ricorrere a comparazioni forzate, è utile ricordare che la teoria fisica della relatività, già nei suoi primi *concetti fondamentali*, esprime «un culmine dell'astrazione matematica»: E. CASSIRER, *I problemi filosofici della teoria della relatività. Lezioni 1920-1921*, Mimesis, 2015 (a cura di R. PETTOELLO), 33. Soprattutto, è bene porre in evidenza l'insegnamento di un autorevole Studioso di Matematiche complementari secondo il quale il successo della matematizzazione della fisica discende dalla «credenza nel fatto che esista un ordine matematico soggiacente la natura [...] che rappresenta l'essenza dei fenomeni, e rispetto al quale [...] le specificità individuali sono aspetti accessori e non determinanti»: G. ISRAEL,

dal sillogismo, oltre che dagli 'schemi' del diritto penale cd. sostanziale, svolgendo le funzioni definitorie che, invece, competono esclusivamente alla legge. Al di là di ogni sterile polemica sul carattere *servente* oppure *autonomo* del processo penale, è doveroso segnalare che questa pericolosa rivoluzione sistematica mette capo alla creazione di scorciatoie probatorie e di figure delittuose estranee ad una tassativa e determinata descrizione dei fatti penalmente incriminati, ad opera della legge.

4.2. Se le *massime* non possono essere compilate ricorrendo ai modelli matematici, esse, nondimeno, possono impiegare fruttuosamente i canoni tradizionali della logica formale, cioè i paradigmi della *completezza*, della *corrispondenza* e della *generalità*, la cui osservanza consente di soddisfare anche il requisito dell'*astrattezza*. Lo scopo della massima è, infatti, quello di estrapolare i fondamenti logico-giuridici dei principî di diritto che fondano la decisione espressa nel dispositivo finale. La qual cosa non include anche l'enunciazione dei "*particolari*" fenomenici che identificano il fatto storico accertato e che giustificano la corretta applicazione della fattispecie incriminatrice astratta al fatto storico accertato⁴⁹. Per altro verso, non si deve trascurare che ogni sentenza della Corte di cassazione ha, come riferimento ineludibile, una precisa *res iudicanda*, 'cristallizzata' nella sua enunciazione fattuale. La 'massima' successivamente formulata dovrà porre in luce esclusivamente il principio di diritto applicato, anziché il '*volto del fatto*' che pur ha ispirato ed orientato la decisione.

4.3. Se, dunque, la '*massima*' non rispecchia anche il '*fatto*' – nonostante questo sia un elemento ineliminabile nell'*applicazione* della legge alla fattispecie concreta – si staglia il vizio segnalato da Franco Cordero con il suo consueto acume. L'essere, cioè, la sentenza penale caratterizzata da «[...] una scrittura automatica, alimentata dal ciclo sonnolento delle "massime", dove astrazioni a maglie larghe sorvolano su qualità nient'affatto inutili alla diagnosi giuridica [...]»⁵⁰. Ovvero – sempre che si condivida la

Meccanicismo. Trionfi e miserie della visione meccanica del mondo, Zanichelli, 2015, 252. Il suddetto scienziato approda alla conclusione che «il menu offerto dalla matematica è troppo ristretto per offrire una rappresentazione accettabile dei comportamenti soggettivi [...]» (253) ed osserva che la mitologia fondata sulla "*cultura dei numeri*" fa «presa tra coloro che meno capiscono di numeri e di scienza» (255). Ai nostri fini emerge, così, che anche le *massime* giurisprudenziali non possono essere redatte impiegando i modelli matematici, pur dovendo aspirare alla *generalità* ed *astrattezza* che essi esprimono.

⁴⁹ Alla medesima conclusione giunge, implicitamente, M. BRANCACCIO, *Il linguaggio e la struttura delle sentenze*, cit., 2143, allorché richiede che la *motivazione* della sentenza contenga la «indicazione netta dell'operatività [*del principio di diritto applicato*: n.d.r.] in una determinata fattispecie concreta».

⁵⁰ F. CORDERO, *Stilus Curiae (Analisi della sentenza penale)*, in *La sentenza in Europa*, cit., 310.

severa diagnosi di Cordero – la tecnica della citazione *sonnolenta* delle massime, spesso finalizzata a creare una scorciatoia argomentativa che si limita a sussumere la *quaestio* decisoria in una massima che, però, discende da un *caso diverso* o *soltanto simile* all’oggetto della deliberazione.

A cascata, si consolida così la fallacia dell’*ipse dixit* che disattende la regola per cui *Veritas, non auctoritas, facit iudicium*, sostituendo – in nome di un’altra fallacia quale è, secondo alcuni, l’esperienza giuridica⁵¹ – *la sussunzione del fatto nella massima, anzichè entro la norma di legge*. Con il risultato che *alla legge che pre-vede un fatto*, vietato e sanzionato, *subentra la massima che sintetizza un principio di diritto disgiunto dal fatto accertato*.

Breve: invece che la coppia *legge-fatto*, il binomio *massima-interpretazione giuridica astratta*.

5. Considerazioni finali

Lo studio delle ‘massime’, sviluppato nelle sommarie annotazioni che precedono queste considerazioni, ha assunto una collocazione ‘sgheмба’ rispetto agli altri temi ai quali si è fatto cenno. Converrà ricercarne il *quia*.

5.1. La prima spiegazione è fornita dalla natura del *processo penale*. Esso, invero, ha per oggetto *fatti e norme di legge*, di diritto sostanziale o processuale. La *massima*, invece, concerne soltanto le questioni giuridiche, ma non affronta, né menziona quelle relative al fatto. Non a caso, il *giudizio* è stato paragonato ad «*uno stretto ponte tibetano*» che consente di passare dal *fatto* da giudicare alla *decisione* sull’esistenza dello stesso e sul suo rilievo penale⁵².

La massima, quindi, rispetto al processo penale, corrisponde ad un cerchio concentrico a quello che circonda il primo, ma con un raggio minore. Con la conseguenza che l’oggetto delle massime ha un’estensione diversa e quantitativamente inferiore rispetto a quella del giudizio.

⁵¹ N. IRTI, *Riconoscersi nella parola*, cit., 35-36 nega che la ‘vita’, la ‘realtà’ e l’‘esperienza’ esprimano diritto: esso, invece, «implica un *pensiero ordinante*, un complesso di schemi e forme regolatrici» (36). Per un’ermeneusi opposta – quanto alla *giuridicità* dell’esperienza – vd. M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, cit., 1115-1121, il quale precisa che il modello normativo dell’incriminazione «scaturisce dal fatto e dall’esperienza».

⁵² La similitudine è di G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Laterza, 2020, VII.

Al di là delle differenze quantitative, si deve osservare che il *discrimen* tra il giudizio⁵³ e la massimazione del suo esito si irradia sulla natura e sulla qualità delle massime che, a volte, si limitano a riprodurre la lettera di precedenti massime conformi, così perdendo la propria funzione epistemologica.

5.2. La seconda *explanatio* discende dalla tecnica di formulazione della massima: questa, infatti, aspira a soddisfare i requisiti rappresentativi che sono tipici dell'ordine matematico. Tuttavia, non potendo disporre dei modelli di quella scienza – come abbiamo già annotato – la tecnica della massimazione talvolta applica criteri inclusivi «a maglie larghe», con il consequenziale affastellamento di *casi* e *principi* diversi, in aperto contrasto con l'esigenza delle *astrazioni* cui dovrebbe, invece, metodologicamente ispirarsi.

Ne discende linearmente che il legista – *teorico* o *pratico* che sia – dovrebbe porre l'attenzione sulla motivazione delle sentenze e sulle corrispondenti componenti decisorie e giustificative, privilegiandone lo studio rispetto a quello riservato alla massimazione.

V'è di più.

La fissità delle proposizioni logico-linguistiche che compongono ciascuna massima confligge con il carattere dinamico del «*diritto*». Quest'ultimo è «lavoro non interrotto mai»⁵⁴, perché il Diritto lotta contro l'ingiustizia. Jhering, infatti, criticò l'attenzione rivolta più alla bilancia, anziché alla spada della giustizia, poichè la prima via conduce a conoscere esclusivamente un «sistema di astratte massime giuridiche»⁵⁵, invece che la *realizzazione* del Diritto⁵⁶.

Infine, il metodo della massimazione comporta – come abbiamo più volte osservato – che essa è simmetrica *esclusivamente* all'interpretazione della legge, ma non si estende alla sua applicazione al fatto empirico accertato. La qual cosa conferma la metafora scolpita da Leonardo Sciascia, con riferimento, però, soltanto alla massima, in forza della quale la legge nella legge si specchia, allorchè ne venga massimata l'interpretazione. Invece, l'applicazione della legge al fatto ed al suo autore è fuori del campo rappresentativo proprio della massima, appartenendo invece all'oggetto della decisione e della giustificazione contenute nella sentenza. In quest'ultima ipotesi, il tema

⁵³ Il giudizio esprime ad un tempo «il conoscere e il creare»: S. SATTA, *La vita della legge e la sentenza del giudice*, ora anche in ID., *Soliloqui e colloqui*, cit., 23.

⁵⁴ In questi termini: R. JHERING, *La lotta per il diritto (Der Kampf um's Recht, 1872)*, Laterza, 1960, 49.

⁵⁵ ID., *op. cit.*, 51 ss.

⁵⁶ ID., *op. cit.*, 52.

nevralgico del giudizio è estraneo tanto allo *speculum* fornito dalla massima, quanto all'espressione di vita che condiziona l'applicazione della legge al fatto accertato⁵⁷.

5.3. (*Segue*) La *massimazione* dei principî di diritto (come abbiamo già annotato fuggevolmente) è affidata ad un *organo pubblico* – l'Ufficio del Massimario – composto soltanto da magistrati, con l'esclusione di avvocati e studiosi. Ma la conoscenza e la realizzazione del diritto interessano, se non il 'popolo intero', una cerchia di soggetti ben più vasta. A tale 'monopolio' della magistratura corrisponde la scelta del rispettivo metodo che "esclude" la responsabile partecipazione di coloro che magistrati non sono. Da ultimo, è utile ricordare che iniziano a diffondersi ulteriori '*banche dati*' create da soggetti privati ed aperte alla consultazione, a volte anche gratuita.

La ricerca di '*massime*' o di '*sentenze*' è affidata alla capacità individuale (oltre che ad un pizzico di fortuna, come accade di solito per le cose umane), ma non è preceduta dalla pubblicazione dei criterî in base ai quali sono state acquisite e classificate le decisioni memorizzate. Sarebbe opportuno che la consultazione fosse agevolata dalla manifestazione del metodo di catalogazione, in aggiunta a quello esclusivamente cronologico o a quello della pertinenza ad una norma specifica della legge penale o processuale. A questo fine, la previa esposizione delle regole che ordinano la massimazione gioverebbe, nel medio e lungo periodo, alla *traduzione pratica* dell'ordine logico che ispira la *classificazione* delle massime.

5.4. La massima, al pari della motivazione, non riporta alcuna *dissenting opinion*, per un verso, e non indica, per un altro verso, le tesi – giurisprudenziali o dottrinali – contrarie a quella enunciata nel testo.

Il problema dovrebbe essere risolto, per il procedimento penale, dalla contravvenzione tipicizzata nell'art. 685 c.p. che punisce la pubblicazione dei nomi dei giudici, con l'indicazione dei voti individuali che ad essi si attribuiscono nelle deliberazioni prese in un procedimento penale. Assai più complessa, invece, è la questione nell'ambito del giudizio in Corte Costituzionale⁵⁸.

⁵⁷ Nel campo delle *psicopatie*, ad esempio, si pone in luce la difficoltà di elaborare una rassegna giurisprudenziale sulle specifiche categorie diagnostiche le quali giustificano l'esclusione dell'imputabilità, in quanto le massime non indicano la diagnosi, limitandosi a riferire i criterî formali di trattazione della pertinente categoria giuridica: vd. A. LAVAZZA – L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Codice ediz., 2012, 168-169.

⁵⁸ Vd., per tutti, anche per un ampio panorama bibliografico, N. ZANON, *Le opinioni dissenzienti in Corte costituzionale. Dieci casi*, Zanichelli, 2024, 3-8 e *passim*.

Al di là della liceità penale di tali notizie, si deve porre in luce che il divieto di documentare il dissenso di uno o più dei giudici del collegio contraddice il metodo della *conoscenza problematica*, prescrivendo quello dell'argomentazione *monologante* che conferisce al testo l'apparente attitudine a identificarsi con la verità.

Al contrario.

La dialettica delle *opinioni opposte* potrebbe trasformarle in *argomenti*, garantendo, così, che dalla *doxa* soggettiva si possa poi transitare al *ragionamento*, che è scandito dalla *scelta motivata e condivisibile* della soluzione *più ragionevole* rispetto alle altre.

5.5. (*Segue*) La manifestazione della dualità o della più ampia pluralità delle tesi contrapposte presiderebbe la razionalità e la legalità dell'atto finale del *de-caedere*, cioè del '*taglio*' che genera la decisione. La qual cosa implicherebbe pure l'attribuzione alle parole della capacità di *significare* il *secundum quid*, cioè di manifestare il perché (la *causa*) ed il fine (il *cur?*) delle ragioni (*i.e.* la *giustificazione*) della decisione.

Diversamente, si approda alla conclusione che Bernardo Morliacense, un benedettino del XII secolo, condensò nel verso del *De contemptu mundi: stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus*⁵⁹.

⁵⁹ Notoriamente, così conclude U. ECO, *Il nome della rosa*, Bompiani, 1988, 503 e 507.

ABSTRACT

Il presente lavoro svolge alcune osservazioni circa la funzione e i limiti esplicativi delle massime giurisprudenziali nel loro sviluppo, dalle origini ad oggi. Tratta, inoltre, della differenza fra interpretazione della legge e giudizio che applica la legge al fatto.

PAROLE CHIAVE

Massime – Interpretazione – Giudizio – Processo penale

* * *

CASE LAW BETWEEN THE LAW AND JUDGMENT

ABSTRACT

The article presents some remarks about the function and explanatory limits of legal maxims, in the development from their origins to the present. It also expounds the difference between the interpretation of law and the judgement that applies the law to the fact.

KEYWORDS

Maxims – Interpretation– Judgment– Criminal trial