

L'ABITO FA IL MONACO (SE È IL MONACO A INDOSSARLO).

LEGGENDO NATALINO IRTI, *RICONOSCERSI NELLA PAROLA. SAGGIO SUL DIRITTO*, IL MULINO, 2020.

LA GIUSTIZIA PENALE

Rivista mensile di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione

FONDATA NELL'ANNO 1893

da Gennaro ESCOBEDO e già diretta da Giuseppe SABATINI

in *disCrimen* dal 11.1.2021

Fausto Giunta

1. La forma ha una sostanza, che la sostanza non ha: uno sguardo vivificante che riscatta la fattualità dall'incapacità di comunicare. Il linguaggio formalizza le cose per donare loro un nome e un'identità, altrimenti impossibile. *Res sunt consequentia nominum*. La conoscenza non può fare a meno della parola, che disvela il reale. L'umano non è muto, è parlante ed è parlato; anche in un'epoca, come la nostra, che a parole celebra l'informe. Un detto siciliano racchiude questa verità: “*U fattu è nenti... È comu si cunta*” (Il fatto è la sua narrazione).

Non diversamente accade nel diritto, che è linguaggio ordinante, forma regolativa. Il fatto può essere più forte della norma declinante, ma finisce nella cornice di una nuova norma: prevale su *una* forma, non *sulla* forma.

Un recente libro controcorrente, quello di Natalino Irti, dal titolo “*Riconoscersi nella parola. Saggio sul diritto*” (Il Mulino, 2020, pp. 267), rilegge la genesi e le funzioni del diritto da un angolo visuale inusuale per la cultura giuridica dominante, sempre più sensibile alla fascinazione dell'empiria, che concepisce il diritto come fatto tra i fatti.

Le considerazioni di Irti al riguardo non sono certo una novità, ma la prosecuzione di un importante itinerario avviato da tempo. In quest'ultimo libro il nesso tra diritto e linguaggio, ossia tra legalità e forma, viene tematizzato con particolare ricchezza argomentativa, alla quale non può restare indifferente il cultore del diritto penale, dichiarato orfano della legalità “stretta” e “formale”. Richiamare l'attenzione sulla positività del diritto non significa volgere lo sguardo al passato, perché non si parla di contenitori da riempire, ma della liquidità dei giudizi umani che, se non vengono “chiusi”, sono destinati a disperdersi. Se poi il liquido è mortale (la similitudine è particolarmente aderente alla sanzione penale) la chiusura della

forma non mira solo a “garantire” la conservazione del prodotto, ma s’impone per contenere la pericolosità del suo fluire incontrollato.

2. Il volume, agile e denso ad un tempo, si apre con una riflessione sul volto giuridico del mondo.

Per Irti, “alla legalità linguistica corrisponde la legalità giuridica”, il “formalismo è la stessa giuridicità”, gli schemi della legge sono “le ‘fattispecie’ della tradizione dottrina”. “Il formalismo assoluto (...) si determina come *linguisticità assoluta*. Le norme (...) sono parole dette o scritte da uomini ad altri uomini”. “Il diritto non tanto è ‘linguaggio delle istituzioni’ quanto *istituzione di linguaggio*”. Si delinea, così, “una teoria che risolve il diritto in artificiale posizione di forme, e le forme in schemi espressivi di azioni”. Ne consegue che “*come dalla forma, così dalla parola il diritto non può uscire*”. Nel diritto nulla è immutabile ed eterno, non c’è nulla che stia al di fuori e al di sopra, perché è il mondo dell’artificialità, creato dall’artefice, che sceglie i fini prendendo *posizione* rispetto ai valori in gioco. “Lo schematismo normativo e l’assoluto formalismo non sono esercizi di logica, ma *traducono il risultato di vicende storiche*, di lotte tra forze, da cui una o talune escono vittoriose”. “Nulla è più lontano da questo formalismo *storicizzato* che la sua riduzione a veste esteriore di qualcos’altro (...). Soltanto le forme strappano il fare umano alla caducità del tempo, rendendolo intellegibile e ripetibile attraverso la catena delle generazioni. La decisione normativa (...) pone, essa stessa, a cose individui eventi la forma costruita dalla propria tecnica”.

Questi temi, esposti nel primo capitolo, si ramificano nelle due parti che seguono, le quali sembrano avere un andamento ricorsivo. L’autore torna sui concetti di fondo, ma da angolazioni diverse, ora generali, ora particolari. Sarà consentito, pertanto, parlarne unitariamente, aggregando il discorso di Irti intorno a due poli, tra loro strettamente connessi: da un lato, la posizione della norma, dall’altro la sua applicazione.

3. Iniziando con il considerare il primo polo tematico, il formalismo di Irti non ha certo il pallore dell’alabastro: è descrizione di un reale variopinto. Il nome, dicevamo, chiude l’evento de-finendolo e rendendolo infungibile; lo ri-colloca nella realtà quale universo di nomi. Le norme sono i nomi del vocabolario giuridico, sono

L'abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo)

forme e misure generalizzanti, per nulla statiche. Esse riguardano classi di situazioni destinate a ripetersi in futuro, come tali servono a governare il divenire. Sono fatti-specie in senso etimologico, *species facti* che non si esauriscono nell'evento, ma sono destinate a ritornare nel tempo. In questo senso conoscere il diritto equivale a un eterno riconoscere, a rileggere la realtà utilizzando il vocabolario giuridico. Le parole della legge sono tutt'altro che vuote: in esse si affaccia “*il volto del potere*”, che sta dietro la canna del fucile, per dirla con Mao Tsé-Tung, ossia il potere coercitivo capace di “reprimere, con l'impiego della forza, le volontà ostili o riluttanti”. Per Irti, forma, forza e norma sono un tutt'uno. La forma esprime la forza dell'artefice di risolvere un conflitto ponendo la norma. Il diritto è morfotecnica, ossia capacità di dare forma alla realtà. In quanto tecnica sociale, il diritto è profondamente innaturale (il mercato, per esempio, è *locus artificialis*, ossia disciplina positiva, non *locus naturalis*, ossia dialettica interna alle leggi della domanda e dell'offerta).

Come si vede, a dispetto delle enunciazioni, c'è molta sostanza nel formalismo irtiano come modo di pensare il diritto e le sue funzioni regolative. Ne sono una conferma le pagine dedicate all'affidamento semantico, che muove da una rivalutazione del senso letterale quale principio di ogni comunicazione. Che si tratti di un enunciato normativo o di una sentenza, “L'interpretazione letterale è pur sempre interpretazione a pieno titolo”. Questa affermazione la si potrebbe considerare addirittura un'ovvietà, sulla quale non mancano altrettanto autorevoli consensi: la norma dettata da un potere dello Stato non può che nascere in parole (FRANCO CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1985, p. 166). E ancora: “le scelte di diritto penale sostanziale [devono permettere] all'individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della sua condotta, in base al testo della disposizione rilevante, e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia stata fatta dai giudici. Perlomeno nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia, ciò avvalora (finanche in seno al diritto dell'Unione, in quanto rispettoso dell'identità costituzionale degli Stati membri) l'imprescindibile imperativo che simili scelte si incarnino in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine nel diritto scritto di produzione legislativa, l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo” (Corte costituzionale, sentenza n. 115 del 2018). Ancora Irti: “Il parlante nutre l'aspettativa che la parola

sia intesa nel vincolo del significato comune; l'ascoltatore nutre l'aspettativa che la parola, a lui indirizzata, sia portatrice del comune significato”.

4. Quest'ultima citazione consente di passare al secondo polo tematico, concernente il funzionamento della norma. Esso richiede fiducia nel simbolo e passa attraverso la ricezione dei suoi significati. In questo senso la parola ha un valore di scambio, è sociale per definizione. Il linguaggio ha una sua democraticità intrinseca, essendo opera della comunità impersonalmente intesa; ha una sua legalità, che vincola gli utenti, ma è ad un tempo aperta all'incessante contributo di ogni “parlante”, degli osservanti, che confermeranno, degli inosservanti, che nel tempo potranno favorire la modifica dell'uso linguistico. In ogni caso l'affidamento semantico si proietta verso il futuro.

Questo passaggio è cruciale, perché il pensiero di Irti si sviluppa all'insegna di un chiasmo funzionale. La posizione della norma è frutto di un artefice che, avendo poteri coercitivi, occupa una posizione sovraordinata (*jus positum* è *jus decisum*); ma lo strumento utilizzato – il linguaggio – sale dal basso. Solo quest'ultimo intercorre tra pari. Da qui la fusione del formalismo assoluto con il fatto normativo: Irti, in vero, non esita a parificare l'uso linguistico che si eleva a norma con la consuetudine, riscattando la parola dal solipsismo. Il significato della parola deve combaciare con quello dell'uso comune. “La comunità dei parlanti, custode del senso letterale, è in qualche modo, *giudice della comprensione*, e dunque dei risultati interpretativi. I quali sono ‘corretti’ se *ritornano* al parlante nel medesimo significato, con cui egli utilizzò originariamente le stesse parole”. “Il giudice, che esercita la ‘pre-comprensione ricostruttiva’, non applica la legge, ma è *soggetto soltanto a sé stesso*, al suo occasionalismo decisorio. La soggezione del giudice alla legge è soggezione al senso letterale di essa”, ossia alla scrittura. Essa mette al riparo il giudice “da altri e diversi motivi di decisione”.

La fedeltà al segno è l'aspettativa che è lecito nutrire nei confronti del destinatario della parola detta o scritta. L'interpretazione non è esercizio solitario, ma è retta dal principio di affidamento. “Il significato delle parole può sì modificarsi nel tempo, allargarsi o restringersi, ma sempre entro la cornice storica di una data comunità”. Si tratta di un senso *storicizzato*. “Altro è invece la *sovversione di significato*”. Se essa ha l'autorità di un comando giuridico, viene meno l'affidamento linguistico. La norma si pone oltre il reciproco intendersi, non chiede al destinatario

L'abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo)

di capire, ma solo di obbedire. L'aggiramento del testo "è sovvertitore e violento", è pura volontà di comando.

Da qui l'importanza primaria dell'esegesi, secondo la metodologia dell'art. 12 delle Preleggi, che affida al senso letterale il compito di aprire ai sottostanti livelli di significazione. *"I significati non sono nella disponibilità dell'interprete, del suo capriccioso arbitrio"*. *"Le arditezze interpretative rompono la legalità linguistica e il circolo 'democratico' dei significati"*.

5. Al tema dell'interpretazione si lega la critica che Irti muove alla concezione del diritto come attuazione di 'valori'. Intanto Irti isola una prima accezione del concetto di 'valori', come sinonimo di principi immanenti nelle leggi, che definisce impropria, inopportuna e fuorviante, ma nulla di più. A ben altra e più ferma critica va incontro invece la nozione di 'valori' come entità al di sopra e al di fuori del diritto positivo, la cui ricerca "sospinge verso il più alto grado di soggettività". I 'valori' non hanno fattispecie, la loro assolutezza sfugge al sillogismo, quando non ne favorisce la rissa. *"È un diritto da 'iniziati' (che assai insuperbiscono di essere tali), a cui è toccato il privilegio di lasciare il mondo povero degli uomini e di salire oltre la positività"*. Per questa via le sentenze prendono il luogo delle leggi.

Irti non manca di personalizzare la critica, indirizzandola, tra gli altri, a due giuristi che saranno qui ricordati: l'uno, perché penalista, un "distinto insegnante nell'Università patavina", al secolo Giuseppe Bettiol; l'altro, perché si tratta del proprio Maestro, Emilio Betti. A quest'ultimo proposito, memore dell'insegnamento nietzschiano (*"Si ripaga male un maestro, se si rimane sempre solamente discepolo"*: *Così parlò Zarathustra, Della virtù che dona*, 3), Irti non manca di precisare: *"Tacere il dissenso sarebbe per l'allievo, il superstite allievo, un gesto di ingratitudine nei confronti del Maestro: il quale è, appunto, maestro, perché suscitatore di libertà e nuovo pensiero"*.

Il dissenso non è su una questione marginale, perché attiene al ruolo (meglio alla finzione o immaginazione) di un ordine oggettivo di valori che, essendo entità meta-positive prive di fattispecie, per Irti sospingono "verso il più alto grado di soggettività. Il testo cade a pre-testo; la parola, a indice di 'qualcosa' che va sentito e intuito; la situazione di vita, da cui proviene un appello esistenziale". Il campo del significato cede a quello dell'allusione, "che permette all'interprete di farsi giudice

della forma”. Il segno diventa simbolo, aprendo a un’interpretazione di secondo grado, intesa a cogliere significati esterni alla forma.

6. Si confida che il quadro tratteggiato, seppure non immune da lacune e omissioni, rispecchi le linee di fondo del pensiero di Irti. Dalla loro sintesi, infatti, si intende trarre ulteriore spunto per una rimediazione conclusiva della legalità linguistica in un settore, quello del diritto penale, nel quale essa assurge a principio costituzionale particolarmente stringente e inequivoco.

Specie nel campo penale, la concezione positivista del diritto non può essere schernita, a meno di non sabotare il paradigma costituzionale.

Mentre la soggezione del giudice alla legge, ai sensi dell’art. 101, comma 2, Cost., valida per l’intero ordinamento, viene intesa come sinonimo di indipendenza della giurisdizione, ossia come vincolo dello *ius dicere* a tutte e solamente alle fonti di produzione del diritto, è pacifico che, sul terreno penalistico, l’art. 25, comma 2, Cost., faccia riferimento alla legge in senso stretto, quale atto legislativo o ad esso equiparato (decreto legge e decreto legislativo). A questo proposito il discorso irtiano richiama il penalista, talvolta distratto, alle regole fondamentali che distinguono l’interpretazione dall’arbitrio giudiziale. “Il parlare e l’interpretare non sono atti opposti (...) ma momenti di un processo governato dalle leggi della lingua, che li riconduce dentro la sintesi del comunicare”. Ebbene, la parte speciale, quale catalogo di reati, è dominata dalle forme linguistiche che narrano e chiudono i fatti da assoggettare a pena. La funzione di chiusura della norma, suggellata dal *nomen iuris*, è quel che la dottrina penalistica chiama principio di precisione (in relazione alla formulazione dell’enunciato normativo) e principio di determinatezza (sotto il profilo dei significati).

Senonché, la chiusura del cerchio, nelle mani di ogni parlante singolarmente inteso, per svolgere la sua funzione comunicativa richiede la stessa conoscenza linguistica da parte dell’ascoltatore, anch’esso parte della comunità dei parlanti. La precisione del linguaggio presuppone una perizia ugualmente distribuita tra tutti i soggetti interessati alla comunicazione. È un gioco di scambi che impone lealtà.

Non di rado, però, è proprio il legislatore a peccare di sciattezza linguistica. Non è il caso del disegno originario del codice penale. Ma la legislazione più recente, sia codicistica sia *extra codicem*, offre un ricco campionario di enunciati mal scritti, tale da rendere superflue le esemplificazioni. Accanto a questi casi di patologia degli usi

L'abito fa il monaco (se è il monaco a indossarlo)

linguistici, c'è l'imprecisione fisiologica della comunicazione. Il compasso, che viene utilizzato dal linguaggio per chiudere l'evento nella parola, ha una particolarità: le sue aste non mantengono il grado di apertura, che cresce con l'uso. Conseguentemente esse non tracciano cerchi perfetti, bensì ellittici. Le fattispecie incriminatrici, composte da plurime parole ricordano la forma della spirale, molto avvolgente quando l'enunciato normativo consiste (come accade sempre più spesso) in una narrazione lunga e tortuosa. I significati con-chiusi possono divergere in ragione del campo semantico della parola, fino all'estremo della genericità. Si pensi, agli ecodelitti, per così dire definiti entro una forma tanto generale da risultare indeterminati per eccesso delle classi di fenomeni che sono in grado di comprendere. Infine, la parte generale, usa molte parole il cui significato è eccedente rispetto alla forma linguistica utilizzata. La loro natura è proprio allusiva nel senso utilizzato da Betti. Per fare un esempio, parole come dolo, colpa, preterintenzione "racchiudono significati aperti". Non a caso Hans Welzel parlava dei reati colposi come tipi aperti, non certo chiudibili in base al significato linguistico di "colpa", notoriamente polisenso nella nostra lingua. Per non dire dei principi di scopo, come la funzione rieducativa della pena la cui dimensione valoriale non può essere chiarita né dal vocabolario, né dal linguaggio comune. In generale il vocabolario non aiuta nel decidere il perché sì di un dato uso linguistico, ma il perché no, ossia consente di individuare i significati certamente arbitrari (su questo realismo negativo, v. UMBERTO ECO, *Ci sono cose che non si possono dire*, in *Alfabeta2*, 2012, p. 12).

Anche con riguardo a queste norme poco formali il pensiero di Irti ci è di aiuto per capire meglio la stagione giuridica che viviamo, perché l'esigenza di "chiusura" non viene meno. Essa, quando l'apertura a un ventaglio di significati è fisiologica e ineliminabile, compete ordinariamente all'interprete e andrebbe orientata da criteri di scelta che noi non abbiamo (per esempio il codice penale francese prende partito per l'interpretazione restrittiva) e che si è proposto di accogliere e positivizzare (ENZO MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 11 s.). Certe norme, soprattutto di parte generale, espressive delle garanzie fondamentali, come per esempio i criteri di imputazione, obbediscono più che a una riserva di significati legislativi, a una riserva di significati culturali condivisi. La "chiusura" di questi concetti non spetta al singolo l'interprete, nello svolgimento solitario del suo compito, ma all'elaborazione giuridica pur sempre comunitaria e, qui, inevitabilmente elitaria.

Lo stesso non vale per l'indeterminatezza patologica, ossia creata dall'imperizia del legislatore-artefice. In questo caso il rimedio dovrebbe provenire dalla Corte costituzionale, che tuttavia preferisce aprire a sua volta al diritto vivente, demandando la stabilizzazione della norma imprecisa alla giurisdizione, ossia al potere dello Stato che nel campo penale dovrebbe essere delimitato proprio dalla legalità linguistica. Quando l'imperizia legislativa è pressoché costante, la Consulta non si sente di smantellare il sistema di tutela penale. Così il fatto crea una nuova "norma", che distorce l'assetto costituzionale con l'avallo dell'organo che dovrebbe esserne il custode.

Tutto ciò scinde la comunità dei parlanti, isolando quella, maggioritaria, destinata a diventare comunità di riceventi (cioè di obbedienti). L'ideale positivisticò, alimentato dal lascito illuministico, aspirava all'unità di linguaggio, affinché le parole non servissero a nascondere il pensiero. Le parole della legge si voleva che fossero le stesse del popolo, di modo che la norma venisse posta, e dunque calata, in una socialità partecipe, artefice dell'evoluzione dei significati (cfr. CATERINA PAONESSA, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, 2017, p. 309 s.). Quando è l'interprete a dover chiudere il cerchio della forma linguistica, procedendo dal significato, e non il contrario, cercando il significato nella forma linguistica utilizzata, il linguaggio del diritto si spezza. L'artefice, competente a effettuare le scelte politico-criminali, finisce per identificarsi nella comunità di esperti, anch'essa impersonale ma oligarchica, che impone i significati e le rispettive forme alla sotto-comunità, che li riceve nella forma di sentenze-comando.

Non si tratta di uno scenario fantasioso. Un nuovo artefice si sta appropriando della tecnica normativa, che prima era di appannaggio del legislatore; va alla ricerca di forme giustificative alternative, come il vincolo del precedente, non ancora compiutamente istituito, ma già in fase di sperimentazione. Al momento non è il monaco a indossare il saio, ma chiunque sia, si sta preparando a prendere i voti.