

IL LINGUAGGIO DEL “PENALE” E IL GARANTISMO DELLA FORMA *

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in *disCrimen* dal 9.7..2024

Fausto Giunta **

SOMMARIO 1. Il linguaggio come forma del diritto. – 2. Partire da un esempio. – 3. Democrazia e autoritarismo del linguaggio. – 4. Gli elementi normativi. – 5. La dogmatica. – 6. Interpretazioni *in bonam* e *in malam partem*. – 7. L’antiformalismo. – 8. Volontà di potenza o necessità di supplenza?

1. Il linguaggio come forma del diritto

Se la forma è l’aspetto dell’esistente, ciò che consente di descrivere e riconoscere le cose, la forma del diritto, quale complesso comunicativo di regole¹, è il linguaggio comune, prevalentemente scritto. Le disposizioni normative e le sentenze sono testi, al pari delle trattazioni dottrinali, come manuali, saggi, note a sentenza e via discorrendo. Anche la comunicazione verbale e quella paralinguistica (il c.d. linguaggio del corpo) svolgono un ruolo nel mondo del diritto e soprattutto nel processo penale che, secondo un insegnamento pur meritevole di essere ridimensionato, si caratterizza per l’oralità.

Il linguaggio si evolve con la storia. Entrambi i fenomeni si riflettono nel diritto. L’evoluzione del linguaggio e quella del diritto dovrebbero procedere di pari passo. Ma non è sempre così. Il legislatore non cura come dovrebbe la forma linguistica degli enunciati normativi. Per parte sua la giurisprudenza, anche in presenza di disposizioni incriminatrici chiare, si ingegna a forzarne i significati oltre il consentito, con effetti

* Scritto destinato al *Liber Amicorum in omaggio al Professor Salvatore Patti*.

A Salvatore Patti mi lega un profondo sentimento di amicizia, germogliato negli anni, oramai lontani, della nostra collaborazione professionale ed editoriale. Spesso, a fine giornata, ci trattenevamo nell’accogliente biblioteca del suo studio. Trovavamo il tempo per allargare le nostre conversazioni giuridiche oltre i confini delle specifiche problematiche che ci ponevano gli assistiti e i collaboratori. Erano confronti appassionanti e arricchenti, dei quali continuerò a essergli grato. Queste pagine, che sono dedicate a Salvo con grande affetto, proseguono le riflessioni di allora.

** Professore ordinario di diritto penale nell’Università di Firenze.

¹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2023, p. 106 s. Cfr. anche C. PAONESSA, *Parola e linguaggio nel diritto penale. La garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, vol. CXXIX, 2017, p. 307 (anche in *disCrimen*, 23 luglio 2018). Sottolinea la necessaria bidirezionalità comunicativa del diritto penale, nei confronti dei cittadini e del giudice, M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, 2^a ediz., Torino, 2019, p. 24 s.

estensivi del divieto. L'invasione di campo delle prerogative legislative, particolarmente grave nel campo penale soggetto alla riserva di legge, non altera soltanto gli equilibri istituzionali e la separazione dei poteri, tipica dello Stato di diritto. Lo straripamento interpretativo mina le libertà dei cittadini.

Il protagonismo della giurisdizione non si registra solamente in Italia². Anche con riferimento ad altri sistemi stranieri si parla di “jurecrazia”³. Da noi, però, il fenomeno è particolarmente accentuato. Trent’anni fa un’intera classe politica è stata cancellata per mano giudiziaria. Da allora il diritto vivente oltrepassa, ogni qual volta lo ritiene, i contenuti e i limiti della legge. Così facendo, e anche a prescindere dalle inevitabili tensioni con il dettato costituzionale, si perde di vista la ragione profonda del superamento della tradizione orale. Quest’ultima – è stato osservato – è fondamentalmente aristocratica e muove dall’idea, cara alla tradizione giuridica veterotestamentaria, che la scrittura nasconda un significato immaginifico che non rivela⁴. Sennonché, non è affatto detto che nelle forme ci sia qualcosa di necessariamente retinico, “di puramente visivo”⁵. Nello specifico, i “testi normativi (...) non sono *pictura*, non rimandano a immagini che l’interprete debba figurarsi”⁶.

2. Partire da un esempio

Il termine “telefono”, originariamente inteso come mezzo di comunicazione acustica a mezzo di un cavo, comprende oggi i videofonini che sono molto diversi dal telefono a muro in bachelite di un tempo. Evidentemente per il linguaggio comune l’impiego della telefonia, tanto della vecchia, quanto della nuova, è grosso modo lo stesso, anche se diversa è la tecnologia utilizzata e molti di più sono i servizi che offrono gli attuali cellulari. Conseguentemente, il reato di molestia “col mezzo del telefono”, ai sensi dell’art. 660 c.p., può commettersi anche con la telefonia mobile⁷. Questa conclusione non discende dalle analogie che il giudicante può cogliere

² Torna di recente sull’argomento, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, p. 147 s.

³ R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.) & London, Harvard Univ. Press, 2004. V. inoltre F. GIUNTA, *La legittimazione del giudice penale tra vincolo di soggezione alla legge e obbligo di motivazione*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 281 (anche in *disCrimen*, 19 settembre 2018).

⁴ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 175.

⁵ E. Coccia, A. Michele, *La vita delle forme. Filosofia del reincanto*, Milano, 2024, p. 92.

⁶ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 175 s.

⁷ G. MARTIELLO, *Il caso della molestia “telefonica” tra evoluzione tecnologica e primato della legalità*, in *Giust. pen.*, 2011, II, c. 47 s.

tra i vari tipi di telefono, bensì dal corretto uso del linguaggio che ha esteso il significato del termine "telefono" fino a ricomprendervi gli strumenti di comunicazione audiovideo di ultima generazione. Di ciò i parlanti, quali artefici e ad un tempo fruitori del linguaggio, non possono che prendere atto. Lo stesso vale nel campo giuridico: quand'anche si ritenesse che l'interpretazione abbia natura analogica⁸, essa, finché si mantiene entro i confini cristallizzati del testo, è cosa diversa dall'*analogia legis* che invece li supera.

Nel primo caso l'assimilazione dei significati è frutto di una anonima e spontanea ridefinizione linguistica ad opera del corpo sociale impersonalmente inteso. Il giudicante non vi partecipa se non nel ruolo marginale di comune cittadino. La creazione del nuovo significato è insita nell'evoluzione linguistica. Anche nel caso di fissità testuale, possono cambiare, come un fiume carsico, i significati. Né la società, né il linguaggio, né il diritto sono entità immobili, trattandosi di tre realtà collegate e in costante trasformazione. In questo senso il linguaggio svolge una funzione regolativa, che promana dalla comunità ed interessa il diritto.

Nel secondo caso l'assimilazione dei fenomeni è l'esito di una valutazione comparativa dell'interprete, che opera oltre il testo con l'intento di sanarne le lacune ritenute irragionevoli. Tali epiloghi non fanno più notizia. «Ci siamo oramai assuefatti a tante posizioni giurisprudenziali in cui si gabella per interpretazione estensiva vere e proprie applicazioni analogiche *in malam partem*»⁹.

3. Democrazia e autoritarismo del linguaggio

Le assimilazioni dei significati hanno dei limiti. Per quanto somiglino ai telefoni, non sono tali le radio ricetrasmittenti. In tal senso si sono consolidati gli usi linguistici. Questa diretta espressione di democrazia comunicativa non a caso è avversata nei sistemi autoritari che ambiscono a controllare anche il linguaggio. L'italianizzazione della lingua ufficiale durante il ventennio fascista è storia patria. Un movimento di pensiero, ideologicamente connotato, codificò nuovi termini in sostituzione di quelli che denunciavano origini straniere. Così, *brioche* diventò brioscia, *bar* mescita, *film*

⁸ W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln, 1968, ed. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007, p. 152 *passim*.

⁹ Così F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio e analogia in bonam partem: prima lettura di una sentenza "giusta" più che ardita*, in *Sistema penale*, 22 marzo 2021, § 5.

pellicola, *champagne* sciampagna, *garage* rimessa, ecc. (Sia detto tra parentesi: la nostra lingua ha finito per incorrere nell'opposto difetto di esterofilia semantica; in particolare, trasuda di anglicismi, come *baby parking* per dire asilo nido, *city car* come sinonimo di utilitaria e via discorrendo¹⁰).

E ancora. Con l'avvento di internet il linguaggio scritto può fare a meno di un supporto rigido che lo incorpori. Oggi *scripta volant*. Eppure nel linguaggio comune il termine "stampa" sta a indicare scritti su supporto rigido o semirigido, come la pagina di un libro o il foglio di un giornale. Correttamente interpretato, dunque, l'art. 57 c.p., la cui rubrica parla di "reati commessi col mezzo della stampa", non può applicarsi al direttore di testate giornalistiche telematiche¹¹, perché ciò equivarrebbe a un'analogia *in malam partem*, inammissibile nel settore penale.

Quanto precede non è privo di riflessi in relazione alla nozione, comunemente condivisa, di elemento normativo sociale¹². In questo caso, infatti, il parametro di valutazione è implicito nel campo semantico. Si pensi agli atti osceni, ai sensi dell'art. 527, comma 2, c.p. Essi sono tali prima di tutto linguisticamente e di conseguenza giuridicamente. In breve: gli elementi normativi sociali non comportano una eterointegrazione della fattispecie e non presentano specificità rispetto alle altre componenti linguistiche dell'enunciato normativo¹³, rilevando piuttosto come indici ermeneutici¹⁴.

4. Gli elementi normativi

Il linguaggio comune non è il solo a essere utilizzato dal diritto. Specie nel settore penale vi sono elementi di fattispecie che sono espressi *per relationem*, ossia attraverso il richiamo dei contenuti regolativi di una diversa disposizione integratrice¹⁵. Il risultato è la modifica del loro significato. Come noto, si parla al riguardo di elementi normativi giuridici, con funzione definitoria o di disciplina.

Si pensi al concetto di "bilancio" nel delitto di false comunicazioni sociali, che

¹⁰ In argomento, v. G. MINICUCCI, *Brevi considerazioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale*, in *Criminalia* 2018, p. 745 s.

¹¹ Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2021, n. 7220, in *Dejure*.

¹² Parla di elementi valutativi, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 421 s.

¹³ F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, p. 255.

¹⁴ In argomento, v. D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, p. 541, che tuttavia si pronuncia a favore della natura intrinsecamente temporanea degli elementi normativi sociali.

¹⁵ Per tutti, L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Milano, 2004, p. 165 s.

va inteso come bilancio di esercizio ai sensi degli artt. 2423 seg. c.c., non anche come bilancio infrannuale o bilancio-tipo.

Gli elementi normativi possono essere posti dalla legge o da un altro tipo di fonte. In questi casi il linguaggio comune continua a mantenere i suoi significati di origine, mentre l'eterointegrazione riguarderebbe la disposizione giuridica. Il fenomeno entra in tensione con il principio della riserva di legge quando l'elemento integratore è posto da fonti non abilitate alla produzione del diritto penale, come i regolamenti. È il caso della nozione di "sostanza stupefacente" ex art. 73 seg. d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

5. La dogmatica

Esiste poi un linguaggio gergale, altamente specialistico, creato dagli interpreti professionali quali sono principalmente gli studiosi di settore. Si parla, a questo proposito, di dogmatica allo scopo di sottolineare la sua ritenuta derivazione scientifica dai "dogmi" perlopiù codicistici. Compito della dogmatica è l'elaborazione di concetti astratti e sistematici. Si pensi alla teoria del "negozio giuridico", alla scomposizione del reato nelle categorie del "fatto", dell'"antigiuridicità" e della "colpevolezza". E ancora: l'"imputabilità", la "punibilità", il "postfatto" sono altre categorie dogmatiche. Ne consegue una semplificazione del linguaggio e un incremento della sua precisione¹⁶. Per esempio, affermare che l'imputabilità è il presupposto della colpevolezza normativa equivale a dire, con la sintesi che è propria della dogmatica, quel che richiederebbe molte pagine se lo si volesse spiegare con parole comuni. La dogmatica è dunque un linguaggio per iniziati, ma ad un tempo l'*humus* positivisticò di un diritto di derivazione scientifica e sistematica.

Questa accezione del termine dogmatica, come metalinguaggio dottrinale, ossia linguaggio che parla di un altro linguaggio, è certamente preferibile, ma non è l'unica. L'uso linguistico dell'espressione è infatti oltremodo vario e disinvolto. Non mancano accezioni metagiuridiche e perfino filosofiche del termine. Si pensi alla storia dogmatica del concetto di azione¹⁷.

Per quel che qui più rileva, intendere la dogmatica come interpretazione di secondo grado, ossia linguaggio pur sempre derivato dal diritto positivo e caratterizzato

¹⁶ *Amplius* C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in *Criminalia* 2018, p. 113 s.

¹⁷ Per una ricostruzione A. PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960, p. 167 *passim*; G. MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 22 *passim*.

da un elevato livello di concettualizzazione¹⁸, equivale a riaffermare il fondamento legalistico del nostro diritto penale. Si spiega ad un tempo perché la dogmatica venga considerata espressione di un approccio formale al diritto, che non ha impedito, tuttavia, di leggere le principali nozioni penalistiche alla luce dei fondamentali principi personalistici¹⁹. In questa prospettiva le categorie oggettive del reato (legalità, materialità e offensività) non sono solamente contenitori di discipline, ma svolgono anche funzioni garantistiche scongiurando la punizione per il fatto altrui, oppure per il fatto non previamente previsto come reato, o ancora per quello inoffensivo e pura espressione dell'atteggiamento interiore. Per converso, le categorie soggettive impediscono un ritorno antistorico a modelli di responsabilità oggettiva.

6. Interpretazioni *in bonam e in malam partem*

Il formalismo linguistico, oggi tanto deprecato, è dunque una componente ineliminabile del "giuridico". Quest'ultimo non è muto, anzi necessita di parametri riconoscibili e interpretabili. La forma linguistica aiuta a individuarli e facilita il controllo del ragionamento giudiziale, in un'epoca in cui il diritto si è "sciolto dalla tradizione e non obbedendo ad alcuna autorità ereditaria, è affidato a se stesso"²⁰. In mancanza di "forme rappresentative" non può esserci interpretazione²¹.

Il punto merita attenzione perché le parole, anche quelle della legge, hanno di solito più significati, talvolta tra loro lontani. La scelta del significato in concreto, tra quelli consentiti dal testo, avviene attraverso un confronto tra enunciato normativo e fatto storico. Il significato prescelto può essere il più estremo tra quelli attribuibili al segno linguistico, ma vi possono essere valide ragioni per una diversa opzione. Il principio di legalità non può essere scavalcato *in malam partem*, ma consente un al di qua interpretativo di tipo restrittivo. Partire dalla forma non significa fermarsi alla forma.

Per dare concretezza al discorso torniamo alla contravvenzione di molestie, che deve avvenire in luogo pubblico o col mezzo del telefono. L'equiparazione tra due condizioni così diverse si spiega facilmente. Il codificatore del 1930 aveva escluso la

¹⁸ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2020, p. 100.

¹⁹ C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1998. Per il reimpiego in chiave costituzionale della categoria del bene giuridico, v. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 80 s.

²⁰ Così N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Bari, 2007, p. 37.

²¹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, 2016, p. 399, nt. 65.

punizione delle molestie all'interno del domicilio perché in quel contesto la loro prevenzione era assicurata dalla più pregnante tutela dell'inviolabilità dei luoghi domiciliari. Il soggetto passivo, cioè, poteva interrompere le molestie arrecategli nella sua abitazione esercitando, nei confronti del soggetto attivo, lo *ius excludendi*. Di fronte alla molestia telefonica, invece, il soggetto passivo non aveva altra tutela: il telefono non era facilmente disattivabile e il suo squillo avrebbe potuto disturbare l'intera famiglia nel cuore della notte. Oggi i telefoni cellulari sono silenziabili e consentono di bloccare un singolo utente mantenendo in funzione l'apparecchio per tutti gli altri chiamanti. Il molestatore telefonico non ha vita facile, perché è neutralizzabile senza sforzo. In questi casi è legittimo dubitare che il fatto presenti quel livello di offensività, idoneo a escludere letture davvero formalistiche dell'art. 660 c.p. La testualità autenticamente nociva è quella *in malam partem*, che invece non preoccupa la giurisprudenza.

7. L'antiformalismo

Andando al cuore della questione, quali sono le critiche che vengono mosse al legalismo linguistico? La risposta suona tautologica: questa accezione della legalità sbarrerebbe la strada in modo aprioristico alla punizione di casi non previsti dalla legge come reati, ma ritenuti meritevoli di pena dal giudice. La ragion d'essere della legalità penale sarebbe, dunque, il suo peggior difetto. Ma non è tutto: da questa angolazione la tesi del creazionismo giudiziario mostra le sue carenze progettuali, perché non si pronuncia in positivo sul metodo e soprattutto sui limiti dell'atto interpretativo²².

Ebbene, nell'epoca del "penale" senza confini, mentre le interpretazioni restrittive sono poco apprezzate, il giudice potrebbe (all'occorrenza dovrebbe) tradire il testo linguistico *in malam partem*. A essere sotto schiaffo è dunque principalmente il formalismo garantistico, che si vorrebbe sostituire con l'antiformalismo giustizialista inteso a sindacare il valore della lacuna di tutela, distinguendo il vuoto regolativo autenticamente liberale dalla lacuna ingiusta. Una valutazione, questa, per alcuni rimessa al singolo giudice ed esposta alle precomprensioni individuali, per altri opera della giurisprudenza stabilizzata dalla funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Senonché, la ragionevolezza o meno del vuoto di tutela non è sindacabile nel diritto penale, caratterizzato dalla tassatività del catalogo dei reati. Il valore salvifico della lacuna non ammette distinzioni, perché, a differenza di altri rami

²² Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 15 e p. 165.

dell'ordinamento, nel diritto penale ciò che non è vietato è consentito. La gran parte dei ragionamenti contrari originano sul terreno del diritto civile, che non si fonda su una norma di chiusura simile.

8. Volontà di potenza o necessità di supplenza?

Stando alle affermazioni della giurisprudenza anche costituzionale²³, il diritto vivente si guarda bene dal proclamarsi un potere vicario, che sta scavalcando quello legislativo. Parla a suo nome una parte considerevole della dottrina. Anche qui, però, si tratta di dichiarazioni ammantate, all'apparenza, di cautela istituzionale. Il protagonismo ermeneutico del giudicante sembrerebbe tale suo malgrado. Sarebbero l'incuria della legislazione, la frequente indeterminatezza del tipo, la vetustà delle normative i fattori che spingerebbero (meglio: costringerebbero) la giurisprudenza, di per sé riluttante, a esporsi per porvi rimedio. In breve: lo squilibrio tra magistratura e legislazione in nome dell'antiformalismo non sarebbe espressione di una volontà di potenza che aspira a diventare egemone.

Ora, come si è rilevato in apertura, nessuno può seriamente negare le "colpe" del legislatore. Ma ciò non basta ad "assolvere" la giurisprudenza penale quando la sua opera di supplenza viene svolta a danno della funzione garantistica della legalità formale. Un conto sono i contributi della giurisprudenza all'affermazione dei diritti (nel campo, per esempio, della biogiuridica, cui ha fatto seguito un allargamento degli spazi di libertà), un altro conto sono le sempre più frequenti interpretazioni analogiche sfavorevoli. Qui il giudice-legislatore mostra il suo volto liberticida, perché nessuna delle disfunzioni lamentate può giustificare una punizione che colpisca oltre i confini del tipo legale legislativamente fissato.

Né appare convincente il tentativo di giustificare i frequenti episodi di libertinaggio ermeneutico adducendo la natura intrinsecamente creativa dell'attività interpretativa. Che quest'ultima non sia sillogistica e logico-deduttiva è fuori discussione. Ma resta chiaro che si tratta di una creatività interpretativa pur sempre passiva, ossia limitata alla rosa delle soluzioni compatibili con il testo.

Prescindere da questo dato significa tradire il paradigma costituzionale, fondato sulla distinzione ordinante tra normare e interpretare. Segnatamente nel settore penale, gli spazi di scelta consentiti dallo *ius dicere* non possono superare l'orizzonte

²³ Per esempio, in modo particolarmente fermo, v. Corte cost., 115/2018.

massimo tracciato dallo *ius facere*. La ragione è semplice. L'analogia è uno strumento di giustizia²⁴, che è destinato a cedere davanti al *favor libertatis*.

ABSTRACT

Il diritto penale è strettamente collegato al linguaggio scritto. Per questa ragione, l'evoluzione del linguaggio è l'evoluzione del diritto. Il giudice penale non può applicare la legge *in malam partem* superando il suo significato letterale. Ciò conferma la funzione garantistica della forma. Il difetto maggiore degli approcci antiformalistici è la mancanza di limiti prestabiliti all'atto interpretativo.

PAROLE CHIAVE

Linguaggio – Giudice penale – Approcci antiformalistici

* * *

THE LANGUAGE OF THE CRIMINAL LAW AND THE GUARANTEES OF FORMALISM

ABSTRACT

Criminal law is closely linked to written language. Therefore, the evolution of language parallels the evolution of law. The criminal judge cannot interpret the law *in malam partem* beyond its literal meaning. This confirms the protective function of formalism. The primary deficiency of anti-formalist approaches lies in their failure to establish predefined limits to the interpretative process.

KEYWORDS

Language – Criminal judge – Anti-formalist approaches

²⁴ F. PALAZZO, *Conviventi more uxorio*, cit.