

«VINCOLO TESTUALE» ED
INTERPRETAZIONE NEL DIRITTO PENALE:
LA NECESSITÀ DI UNA RICONCILIAZIONE

Criminalia
Annuario di scienze penalistiche

in disCrimen dal 4.7.2023

Gianfranco Martiello *

«TEXT LIMIT » AND INTERPRETATION IN CRIMINAL LAW: THE NEED FOR A RECONCILIATION

The modern hermeneutical theories of interpretation, together with the changed structures of the relationship between political power, judicial power and public opinion, have favored the birth of a figure of judge who increasingly feels free to “create” the law and free oneself from the limits coming from the legislative text. Such a trend has naturally also affected penal law, which, however, due to the particularly afflictive nature of the criminal sanction, is subjected both by the Constitution and by the penal code to the principle of legality, which tradition intends in a “strictly” manner, as well as, at least according to a part of the doctrine, to a series of specific interpretative rules which should particularly limit its application. The increasingly evident dimension that the phenomenon of the so-called “jurisprudential creationism” has assumed in recent years makes the problem of the judge’s fidelity to the text of the law ever present, even in the knowledge that language – even normative language – is in itself often a source of ambiguity. If therefore, on the one hand, the impossibility of re-proposing the chimerical figure of the judge “bouche de la loi” appears evident, on the other hand, however, it is necessary that, first of all with the tools of cultural persuasion, the judge returns to being the guardian of the law and, therefore, the guardian of the freedoms of the citizen.

KEYWORDS Criminal law – Rule of Law – Actual Relationship – Need for a reconciliation

SOMMARIO 1. Premessa. – 2. Il declino della testualità interpretativa: alle radici del diffuso *habitus* antiletteralista della giurisprudenza. – 3. Dal giudice «*bouche de la loi*» al giudice «*bouche de soi-même*»: alcuni casi esemplificativi. – 4. (*Segue*) Difesa del limite del testo normativo e “realismo ermeneutico” nella recente dottrina penalistica. – 5. Il «vincolo testuale»: perimetrazione del concetto. – 6. (*Segue*) Le sue ragioni fondative nel diritto penale. – 7. (*Segue*)...ed i suoi ragionevoli limiti. – 8. Il problema di come accreditare le “buone interpretazioni”: le soluzioni normative prospettate in Italia e quelle attuate all’estero. – 9. Una proposta di lungo periodo: la persuasione culturale del giudice alla “lealtà legalitaria” verso il testo normativo.

1. Premessa

Chi si avvicinasse oggi allo studio dell’interpretazione giuridica rimarrebbe probabilmente frastornato dalla numerosità, eterogeneità e contraddittorietà delle opinioni espresse e delle prassi seguite o raccomandate, per di più disperse in una let-

* Professore associato di diritto penale presso l’Università di Firenze

teratura alluvionale e portatrice di saperi diversi, sebbene convergenti – data la trasversalità dell’argomento – su quest’unico universo tematico¹. Non sembra perciò esagerato affermare che praticamente su nulla, o quasi, si registra una convergenza tale di opinioni da assicurare chi sia in cerca di qualche certezza sull’argomento. Valga infatti – ed oggi di certo *a fortiori* – quanto si affermava già quasi cinquanta anni fa in un noto commento alle “preleggi” del codice civile, ove si metteva in evidenza come «tutto [fosse] problematico nel campo dell’interpretazione: la natura dell’attività interpretativa (arte, scienza; operazione logica, intellettuale, conoscitiva, oppure operazione giuridica, normativa), i suoi caratteri di assolutezza o relatività e, ammessa quest’ultima, di quale relatività si tratta, il suo oggetto, il suo scopo, la sua portata, la sua funzione (creatrice o meno e in qual senso creatrice) e via di seguito»².

Un tale pluralismo ricostruttivo è lentamente trafilato anche tra le mura di quella che spesso viene raffigurata come la «cittadella» (assediate) del diritto penale, nella quale, vuoi per un retaggio liberal-garantista di origine illuminista ancora molto vivo nella comunità che la abita, vuoi per l’avvenuta consacrazione di molte delle sue conquiste in principî costituzionali, si ritiene maggioritaria una visione particolarmente «stretta» del principio di legalità, espressa nel precipuo canone della «riserva di legge»³, alla quale fa da precipitato una richiesta soggezione del giudice alle pa-

¹ Senza alcuna pretesa di completezza – e la formula non è davvero di maniera – e limitandosi alle trattazioni di carattere più generale, v. nel tempo G. GORLA, *L’interpretazione del diritto*, Milano, 1941, *passim*, R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, rist. 2003, *passim*, H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Torino, rist. 2002, spec. p. 146 ss., E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, *passim*, R. QUADRI, *Dell’applicazione della legge in generale (artt. 10-15)*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1974, p. 194 ss., G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, *passim*, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, 1993, spec. p. 323 ss., P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civile*, vol. X, Torino, 1993, spec. p. 53 ss., A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. I, II^a ed., Torino, 1999, p. 377 ss., F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione* (1999), Roma-Bari, IX^a rist. 2016, spec. p. 105 ss., F. GALLO, *L’interpretazione del diritto come affabulazione?*, Roma, 2005, *passim*, V. VELLUZZI, *Le preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013, *passim*, F. CARINGELLA, *L’interpretazione del diritto. Il viaggio dalla disposizione alla norma*, Roma, 2021, *passim*, G. PINO, *L’interpretazione del diritto*, Torino, 2021, *passim*, V. GIORDANO, *Il paradigma ermeneutico e il sistema penale*, Firenze, 2022, *passim*, F. POLITI, *Lezioni di teoria dell’interpretazione giuridica*, Torino, 2022, *passim*. Sull’interpretazione penalistica, v. per tutti G. BELLAVISTA, *L’interpretazione della legge penale* (1936), Milano, rist. 1975, *passim*, L. SCARANO, *Il problema dei mezzi di interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1952, p. 145 ss., O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*.

² Cfr. R. QUADRI, *Dell’applicazione*, cit., p. 194.

³ Sulla corrispondenza della legalità «stretta» con il sotto-principio della riserva di legge, v. T. PA-

role della legge più forte di quanto non si registi in altri luoghi dell'ordinamento. Il tempo, tuttavia, sembra avere sbiadito una tale immagine.

Da un canto, infatti, anche la dottrina penalistica ha cominciato ad evidenziare – a volte teorizzandolo, a volte in forma di presa d'atto della realtà empirica – come il processo mentale di applicazione della fattispecie criminosa al fatto storico risulti distante dallo schema sillogistico-deduttivo della tradizione, procedendo, piuttosto, per schemi sostanzialmente analogici e sotto l'influenza di una serie di fattori condizionanti che poco hanno da spartire con la proposizione linguistica normativa. D'altro canto, e di conserva, per una serie di ragioni anche di natura politico-istituzionale, risultanti dai mutati rapporti di forza tra Politica e Magistratura consolidatisi negli ultimi decenni, la giurisprudenza ha inteso in modo progressivamente sempre più lasco il proprio vincolo alla *littera legis*, virando, spesso in considerazione della (pretesa) giustizia del caso concreto, verso forme sempre più estreme di c.d. «creazionismo»⁴. Anzi, leggendo alcune pronunce della Suprema Corte, che forse rappresentano solo le punte più avanzate del fenomeno, si ha l'impressione che si sia inverato nella realtà quanto teorizzava, ormai più di settanta anni fa, Rodolfo Sacco, secondo cui, non solo l'art. 12 delle “preleggi” non creerebbe alcun vincolo giuridico all'opera del giudice, ma lo stesso fatto interpretativo non risulterebbe affatto condizionato dalle disposizioni scritte, che non avrebbero nessun significato oggettivo, ma, al contrario, avrebbe natura puramente soggettiva, interna all'interprete. Ecco che i codici culturali e le intime persuasioni pre-normative di quest'ultimo assumerebbero un valore assorbente, tanto che ogni interpretazione del diritto sarebbe di per sé esatta, purché non intrinsecamente contraddittoria, e quindi autorizzata a creare legittimamente diritto⁵, tanto da potersi affermare che «la dichiarazione legislativa in senso stretto non può che constare di altro, che di carta sporcata di inchiostro»⁶. E pensare che solo qualche anno prima Gino Gorla aveva affermato che l'atto

DOVANI, *Diritto penale*, XII^a ed., Milano, 2019, p. 26.

⁴ Da intendersi come «maggiore o minore aderenza del giudice a quanto scritto nei testi normativi», la quale dovrebbe assumersi ad «indicatore importante del carattere più o meno creativo delle loro [dei giudici] attività, ovvero, similmente, quale «argomentazione giudiziaria a sostegno della scelta *illegittima* di significati normativi che sono al di fuori [della] cornice dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata [...]»: in questo senso, v. rispettivamente E. DICIOTTI, *Le attività creative del giudice*, Modena, 2022, p. 13 (ma anche pp. 42 ss. e 55 ss.) e L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giurisprudenziale*, in *Quest. giust.*, 2016, n. 4, p. 16 (corsivo nel testo).

⁵ Cfr. R. SACCO, *Il concetto*, cit., pp. 58 ss., 106 ss., 123 ss. e 159 ss.

⁶ Cfr. R. SACCO, *Il concetto*, cit., p. 59.

legislativo doveva avere un significato oggettivo corrispondente all'atto spirituale del legislatore, che l'interprete avrebbe dovuto «rivivere in sé», in quanto egli «non intende farsi [...] legislatore, dettare effettivamente norme, poiché la sua attività normativa è dispiegata, col criterio costituito dall'atto da interpretare, al solo fine di comprendere o possedere quel criterio o atto», ed aveva concluso sostenendo che «l'interprete non intende porre norme e così disciplinare una realtà più ampia o più ristretta di quella concettualizzata (astrattizzata per tipi o schemi) dal legislatore»⁷: ma è un siffatto modo di intendere il ruolo dell'interprete in nessun modo, e neanche solo in parte, attuabile nella realtà di oggi?

Una tale domanda appare a ben vedere legittima, poiché, al di là delle affermazioni logiche procedimentali che l'applicazione della legge seguirebbe nella realtà e delle varie teoriche dell'interpretazione, rimane il fatto che il diritto penale non può non continuare ad essere un “luogo peculiare” dell'ordinamento giuridico. E ciò non fosse altro per la natura delle sanzioni che esso minaccia, le quali segnalano la rilevanza dei beni che esso salvaguarda, e quindi l'importanza di prevenire, a mezzo della trasmissione ai *cives* del messaggio comportamentale insito nel testo legale, comportamenti ai quali evidentemente il legislatore riconosce una rilevante carica antisociale. In questa prospettiva, il c.d. «vincolo del testo» di legge deve e può – sebbene entro certi realistici limiti – essere recuperato anche all'interno delle moderne teorizzazioni destrutturanti dell'interpretazione giuridica, alle quali il giurista sembra ormai assuefatto.

A tale fine, si propone di seguito un itinerario che si snoda idealmente attraverso tre successivi passaggi.

Nel primo si tratta di descrivere il contesto dal quale il cammino deve necessariamente prendere le mosse. Ciò significherà, anzitutto, schematizzare i principali fattori di crisi della legalità-legislativa che si sono ripercossi sulla fase applicativa del diritto penale (§ 2). Successivamente, si tratterà di riportare una casistica scelta di ipotesi che risultano particolarmente esemplificative di quanto una parte della giurisprudenza tenga oggi in effettivo conto la relazione tra legalità penale e testo normativo, sebbene non manchino pur ipotesi di “resipiscenza” legalitaria (§ 3). Infine, sarà il caso di riscontrare l'atteggiamento che a tale fenomeno ha riservato la dottrina penalistica più recente, la quale, se da un canto sembra in linea di principio difendere il «vincolo» apposto al giudice dalle parole della legge, dall'altra, tuttavia, parrebbe promuovere atteggiamenti interpretativi che nei fatti lo decostruiscono (§ 4).

⁷ Cfr. G. GORLA, *L'interpretazione*, cit., pp. 13-15, ma v. anche pp. 20 ss. e 33 ss.

Nel secondo si tratterà preliminarmente di comprendere cosa debba intendersi per «interpretazione letterale» e di definire i criteri ermeneutici che ad essa fanno capo (§ 5). Occorrerà, poi, chiarire il motivo per cui, segnatamente nel diritto penale, un siffatto limite dovrebbe ritenersi di grande importanza, se non essenziale, anche in vista del perseguimento di specifiche finalità (§ 6), segnalandone però al contempo, e con onestà intellettuale, gli obbiettivi limiti di praticabilità in certi frangenti (§ 7).

Nel terzo ed ultimo si affronterà il cruciale problema di come accreditare nel diritto vivente la direttiva interpretativa prescelta, muovendo in prima battuta da alcuni cenni all'esperienza comparatistica, per poi approdare alle proposte formulate in passato dal nostro legislatore e dalla dottrina nostrana (§ 8). Non si mancherà, infine, di formulare un suggerimento in tal senso, che, sebbene forse non nuovo, e di certo non immediato nei propri effetti, sembra l'unico che in prospettiva appare in grado di produrre esiti pratici reali, considerati anche i non certi difficili aggiramenti ai quali il predetto «vincolo» letterale si presta, nell'auspicio, forse non del tutto privo di qualche speranzoso riscontro attuale, che esso in futuro si imponga (§ 9).

2. Il declino della testualità normativa: alle radici del diffuso *habitus* antiletteralista della giurisprudenza

Moltissimi sono ormai gli esempi che, tra il serio, il fantasioso ed il perspicace senso del paradosso, vengono proposti per dimostrare come l'interpretazione strettamente letterale dei testi giuridici spesso rischi o di condurre ad esiti applicativi del tutto inappaganti, se non addirittura contrari al più comune senso di giustizia, ovvero di esitare in stalli operativi del precetto di fronte alla complessità delle situazioni della vita reale⁸. D'altronde, è non certo da ieri che una larga parte della dottrina sia penale che civile contesta la circostanza che, diversamente da quanto sostiene con incrollabile fede gius-positivista l'art. 12 disp. prel. c.c.⁹, la più parte

⁸ Gli esempi delle “trappole del linguaggio”, spesso suggeriti anzitutto dai linguisti e dai filosofi prima ancora che dai penalisti, sono infiniti: al riguardo, e per tutti, basti il rinvio a L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, II^a ed., Padova, 2012, pp. 31 ss. e 51 ss., ed all'ormai celeberrimo caso del divieto di introdurre «veicoli» in un parco di H.L.A. Hart, *Il concetto*, cit., p. 148 ss.

⁹ Sulla funzionalità dell'interpretazione letterale – e più in generale delle “*leges legum*” come l'art. 12 disp. prel. c.c. – ai postulati del positivismo giuridico, storicamente contrapposto all'antiformalismo del primo Novecento, v. E. SPAGNESI, *Reminiscenze storiche in una formula legislativa*, in *Foro it.*, 1971, V, c. 99 ss., A. GIULIANI, *Le disposizioni*, cit., p. 396 ss., nonché, ampiamente, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Torino (1961), ed. 1996, pp. 131, 177 e 219 ss.

delle parole vanti un «significato proprio», e cioè univoco, sì da potersi all'impronta affermare che una certa disposizione è «*clara*», e che perciò di essa «*non fit interpretatio*»¹⁰.

Ma non è stata certo soltanto questa consapevolezza semantica, invero tutt'altro che sorprendente¹¹, ad avere nel tempo infranto il dogma della legalità penale c.d. «legislativa» a vantaggio di quel tendenziale superamento della letteralità che ormai connota l'approccio al problema interpretativo di buona parte della giurisprudenza, il cui diritto – quello «vivente» – si presenta ormai come “altro” rispetto a quello – defunto? – del testo di legge¹².

In effetti, la «crisi della legalità» nel recinto penale ha svariate cause¹³, tra le quali almeno due meritano qui di essere almeno richiamate. In primo luogo, difatti, non si può negare che il “protagonismo” giurisprudenziale – per vero non limitato al solo momento applicativo¹⁴ – sia stato agevolato anzitutto dal processo di progressivo indebolimento della Politica, manifestatosi, tra l'altro, nella sciatteria ed insipienza più volte dimostrate dal Parlamento nell'opera di *ius condere*, nell'incapacità di decidere delicate questioni di interesse pubblico o di riformare quella parte di legislazione – a cominciare ovviamente dal codice penale – che più soffre le ingiurie del tempo: debolezze, queste, che a loro volta non di rado si sono tradotte in “deleghe in

¹⁰ Per l'imprecisione logico-empirica dell'adagio «*In claris non fit interpretatio*», v. per tutti G. BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 18 ss., e, nelle più recenti teorie dell'interpretazione, P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologia del diritto*, in *Giust. civ.*, 2009, II, p. 73 ss.

¹¹ Sulla ben nota «struttura aperta» delle norme giuridiche espresse in forma linguistica, basti il riferimento ad H.L.A. HART, *Il concetto*, cit., p. 146 ss.

¹² Esempio, al riguardo, quanto si legge nella «Presentazione» del volume di AA.VV., *Argomenti di diritto penale giurisprudenziale*, a cura di T. Epidendio, E. Rossi, Milano, 2022, p. VI, ove i curatori osservano come ci si trovi «di fronte a qualcosa che non è più mera interpretazione o applicazione della legge, ma che è vero e proprio “diritto penale giurisprudenziale”, un diritto che ha bisogno di propri strumenti di analisi e di sintesi, differenti da quelli usati per la “legge”».

¹³ Noti sono i fattori endogeni ed esogeni di storica crisi della legalità penale: al riguardo, tra i numerosi, v. F. PALAZZO, *Sistema delle fonti e legalità penale*, in AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, p. 90 ss. (e successivamente *Legalità penale vs creatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, spec. p. 979 ss.), C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, p. 23 ss., L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo*, cit., p. 14 ss., A. MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Firenze, 2017, p. 13 ss., G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quad. fiorentini*, 2017, t. II, p. 1255 ss., F. GIUNTA, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “mala legalità”, dintorni*, Pisa, 2019, pp. 106 ss. e 131 ss., e pure in una prospettiva storico-costituzionale, V. MAIELLO, *La legalità della legge e il diritto dei giudici*, Napoli, 2020, p. 17 ss.

¹⁴ Per un quadro delle diverse forme assunte dal “protagonismo” della Magistratura, v. recentemente V. ROPPO, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, 2022, p. 125 ss.

bianco” alla Magistratura, tacite o esplicite che fossero, che ben difficilmente è stato possibile poi revocare¹⁵.

In secondo luogo, non va dimenticato che l’acquisizione da parte della giurisprudenza di un certo “*habitus* antiletteralista” si è viepiù consolidata da quando l’ordinamento ha collocato in posizione apicale determinate fonti del diritto, fossero esse la Costituzione piuttosto che il diritto comunitario o convenzionale, alle quali ha preteso che le altre venissero assiologicamente adeguate. E ciò – si badi – non solo tramite l’intervento accentrato di una Corte *ad hoc*, ma anche attribuendo direttamente al giudice ordinario obblighi di interpretazione «conforme», «adeguatrice», «costituzionalmente (ovvero) convenzionalmente orientata» che dir si voglia¹⁶. Da qui, ed in nome di una gerarchia di valori alla quale si è inteso dare un più immediato e diffuso riconoscimento, la giustificazione di operazioni ermeneutiche sempre più spericolate¹⁷.

¹⁵ Tra i numerosissimi esempi che si potrebbero portare in proposito, bastino quelli temporalmente distanti offerti, da un canto, dall’introduzione dell’art. 62-*bis* c.p. e dalla riforma dell’art. 69 c.p., chiaramente finalizzati ad un generale contenimento del rigore sanzionatorio del codice Rocco da attuarsi per via giurisprudenziale, nella constatata incapacità di provvedervi per via legislativa (v. per tutti T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, spec. p. 423 ss.); dall’altro, dalla questione relativa alla perdurante rilevanza – successivamente alla l. n. 69/2015 – delle cc.dd. «valutazioni estimative» in seno ai delitti di false comunicazioni sociali, interrogato sulla quale il relatore del d.d.l. governativo rispose candidamente che «sarà la nostra Corte di cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all’interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti», tanto che, di fronte a tale ignavia, parlò di «esempio plateale di [...] incondizionata rinuncia all’esercizio dell’*ars legiferandi*» F. PALAZZO, *Legalità tra law in book e law in action*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, n. 3, p. 6.

¹⁶ In questo senso, v. Corte cost., 14.10.1996, n. 356, spec. § 4, in *Giur. cost.*, 1996, p. 3096, con nota di E. LAMARQUE, che ha visto nel tentativo di interpretazione conforme da parte del giudice remittente una sorta di “presupposto implicito” di esperibilità del ricorso ad essa diretto, statuendo che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali [...], ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali», e Cass. pen., SS.UU., 31.3.2004, Pezzella, in *Giur. it.*, 2005, p. 578, con nota di C. SANTORIELLO, ed in *Foro it.*, 2004, II, c. 337, con osservazioni di R. ROMBOLI, la quale ha ribadito come il giudice ordinario detenga «il poterdovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge a norma dell’art. 101, 2° comma, Cost., purché ne dia una sana lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa di rigetto». Sul “dialogo” tra Corte costituzionale e giudici ordinari in materia di interpretazione conforme alla Costituzione, v. per tutti, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, p. 195 ss.

¹⁷ Per la presa d’atto del carattere più incline alla “creatività” dell’interpretazione costituzionalmente, comunitariamente o convenzionalmente orientata del giudice ordinario, v. tra i molti, ed anche in difesa del “vincolo letterale”, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto*, cit., p. 217 ss., R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, p. 121 ss., P. MADDALENA, *Interpretazione*, cit., spec. p. 71 ss., V. MANES,

3. Dal giudice «*bouche de la loi*» al giudice «*bouche de soi-même*»: alcuni casi esemplificativi

Le conseguenze di un tale modo “creativo” di intendere l’interpretazione hanno assunto negli ultimi decenni proporzioni allarmanti¹⁸. Sono difatti ormai numerosi i contributi della dottrina che, per lo più criticamente, segnalano con larghezza di esempi la tendenza della giurisprudenza a scavallare con sempre maggiore disinvoltura il confine sintattico-semanticamente della fattispecie legale (v. *infra*, § 5), e ciò in vista dell’evidente perseguimento di autonomi obiettivi politico-criminali, che pure dovrebbero rimanere estranei all’opera di *ius dicere*¹⁹. Alcune di queste ipotesi di di-

Metodi e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale, in *dirittopenalecontemporaneo.com* (9.7.2012), T. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull’interpretazione conforme*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, p. 26 ss., V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 70 s., D. SALCUNI, *L’interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in *lalegislationepenale.eu* (13.6.2016), M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, pp. 434 ss. e 440 ss., M. BERTOLINO, *Dalla Costituzione*, cit., pp. 14 e 57 ss., F. CARINGELLA, *L’interpretazione*, cit., p. 161 ss., F. POLITI, *Lezioni*, cit., p. 133 ss. In difesa del “limite del testo” pure nell’ambito della interpretazione adeguatrice, v. nella giurisprudenza della Consulta, tra le altre, Corte cost., 18.4.2012, n. 110, spec. § 3, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2923, in *Giur. cost.*, 2013, p. 483, con nota di G. SORRENTI, ed in *Foro it.*, 2013, I, c. 1430, con osservazioni di L. CALÒ, nonché ID., 20.6.2008, n. 219, spec. § 4, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2456, con nota di M.G. COPPETTA, ed in *Foro it.*, 2008, I, c. 3420, con nota di E. TURCO.

¹⁸ Per una descrizione dell’evoluzione storica del modo di concepire il diritto, del suo fondamento, e quindi dell’essenza dell’interpretazione, che segnala l’odierno ritorno al concetto medioevale di «*interpretatio*», intesa come combinazione di fonti eterogenee ed argomentazioni giuridiche tese a perseguire nel caso concreto il superiore obiettivo della *aequitas*, v. M. VOGLIOTTI, *Dalla crisi delle fonti al primato dell’interpretazione: conseguenze sull’insegnamento universitario del diritto*, in AA.VV., *I professionisti della giustizia*, a cura di F. Palazzo, O. Roselli, Napoli, 2007, pp. 167 ss., 175 ss. e 183 ss.

¹⁹ Nell’ambito di una ormai vastissima letteratura dedicata al fenomeno, v. tra gli altri R. RINALDI, *Le fonti del diritto penale: l’analogia e l’interpretazione estensiva*, in AA.VV., *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di E. Dolcini, T. Padovani, F. Palazzo, Milano, 1994, p. 1 ss., E. MUSCO, *L’illusione penalistica*, Milano, 2004, p. 86 ss., AA.VV., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, con interventi di G. Carcattera, O. Di Giovine, N. Mazzacava, V. Velluzzi ed introduzione di F. Giunta, in questa *Rivista*, 2010, p. 347 ss., AA.VV., *La legge del giudice penale: a proposito di fonti e interpretazione*, con interventi di R. Bricchetti, O. Di Giovine, G. Insolera, S. Moccia, V. Velluzzi, N. Zanon, *ivi*, 2012, p. 259 ss., G. AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 403 ss., D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, III^a ed., Torino, 2019, p. 4 ss., D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 29 ss., M. DONINI, *Diritto*, cit., p. 21 ss., D. MICHELETTI, *Jus contra Lex. Un campionario dell’incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in questa *Rivista*, 2016, p. 161 ss., C. PAONESSA, *Parola e linguaggio nel diritto penale: la garanzia della forma oltre il formalismo*, in *Studi senesi*, 2017, p. 309 ss., A. MANNA, *Il lato oscuro*, cit., p. 38 ss., F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., p. 113 ss. e 147 ss., O. DI GIOVINE, «*Salti mentali*» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*,

vorzio voluto – ma non semanticamente sempre necessario – della giurisprudenza dalla *littera legis* sono ormai considerati veri e propri “casi di scuola”, e cioè ipotesi di conclamata violazione del principio di legalità che non abbisognano più, oramai, di trascinanti commenti. Si pensi, anzitutto, al ben noto (ab)uso che i giudici hanno fatto degli artt. 674 e 660 c.p. per reprimere, rispettivamente, la propagazione di onde elettromagnetiche (c.d. «*elettrosmog*»), assimilata disinvoltamente al «getta[re] o versa[re] cose», ovvero l'utilizzo di certune tecnologie di comunicazione via internet, parificate *d'emblée* all'uso del «telefono», per arrecare disturbo alle persone²⁰. Ma si consideri pure la singolare vicenda applicativa dell'art. 437 c.p., che testualmente incrimina la rimozione o l'omissione dolosa di cautele destinate a prevenire disastri od «infortuni» sul lavoro. A tutta prima, parrebbe evidente come, dal punto di vista semantico, il lemma «infortunio» (sul lavoro) designi una realtà ben diversa da quella sottesa all'espressione «malattia professionale»: il primo, difatti, allude ad un evento traumatico di natura violenta e concentrato in un ristretto arco di tempo; la seconda, invece, sottintende una patologia la cui causa, pur ugualmente riconducibile

2018, n. 4, p. 58 ss., F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, p. 25 ss., V. MAIELLO, *La legalità*, cit., p. 24 ss., C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *penaledp.it*, 23.1.2023, ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali. Cfr. inoltre, per un ampio quadro del vasto dibattito suscitato in dottrina dalla figura del c.d. «giudice-legislatore», v. i resoconti delle seguenti tavole rotonde: AA.VV., *Il burocrate creativo. La crescente intraprendenza interpretativa del giudice penale*, in questa *Rivista*, 2016, p. 157 ss., AA.VV., *Il principio di legalità tra legislatore e giudice*, a cura di V. Torre, Pisa, 2020, p. 11 ss., AA.VV., *Tra legge e giudice alla ricerca di un equilibrio per la legalità penale*, in *Sist. pen.*, 2022, n. 12, *passim*.

²⁰ V., anche per i riferimenti giurisprudenziali, G. FIANDACA, *Nota a Cass. pen., sez. III, 13.5.2008*, in *Foro it.*, 2009, II, c. 262 ss., G. CARCATERRA-O. DI GIOVINE-N. MAZZACUVA-V. VELLUZZI, *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 2010, p. 347 ss., L. GIZZI, *La configurabilità dell'art. 674 c.p. nel caso di inquinamento elettromagnetico*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 4232 ss., F.G. CATULLO, *Sulle molestie via email*, *ivi*, 2011, p. 1039 ss., A. SCARCELLA, *Getto di campi elettromagnetici: un reato di pericolo concreto per il principio di legalità*, in questa *Rivista*, 2011, p. 493 ss., M.A. FEDERICI, *In tema di molestia mediante posta elettronica*, in *Giur. it.*, 2013, p. 1169 ss., G. CHECCACCI, *Facebook come un luogo pubblico: un caso di “analogia digitale” in malam partem*, in questa *Rivista*, 2014, p. 503 ss., L. DIOTALLEVI, *Reato di molestia e Facebook tra divieto di analogia in materia penale, (presunta) interpretazione “evolutive” dell'art. 17 Cost. e configurabilità di un diritto di accesso ad Internet*, in *Giur. cost.*, 2014, p. 4104 ss., S. GENTILE, *La molestia col mezzo del telefono deve interpretarsi in senso estensivo sulla base del criterio di invasività della condotta*, in *dirittoegiustizia.it* (25.10.2021), e volendo, G. MARTIELLO, *La rilevanza penale dell'inquinamento elettromagnetico: a proposito dell'art. 674 c.p.*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 895 ss., ID., *Emissione di gas, vapori, fumi...ed onde elettromagnetiche: l'inizio di una nuova parabola applicativa dell'art. 674 c.p.?*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, II, p. 463 ss., ID., *Il caso della molestia “telefonica” tra evoluzione tecnologica e primato della legalità*, in *Giust. pen.*, 2011, II, c. 47 ss.

all'esercizio dell'attività lavorativa, agisce lentamente ed in modo progressivo sull'organismo. Nondimeno, la Suprema Corte ha ritenuto tipica ai sensi del predetto art. 437 c.p. pure l'omessa installazione di cautele contro le malattie professionali, e ciò "inventando" l'ibrido concetto di «malattia-infortunio», il quale si riferirebbe non già ad una semplice manifestazione morbosa contratta a causa e nell'esercizio del lavoro, bensì ad una «sindrome morbosa insorta in esecuzione di lavoro e prodotta da agenti esterni di varia natura (elettrica, radioattiva, chimica) evitabile con determinati accorgimenti»²¹. Una tale declinazione del termine «infortunio» non solo recide il nesso semantico tra linguaggio normativo e linguaggio comune, ma contrasta pure con alcuni basilari criteri interpretativi comunemente accettati, quali ad esempio, la considerazione del significato che un certo concetto ha nel proprio ambito giuridico di provenienza, laddove la norma penale vi rinvii anche in modo implicito, il riferimento alla collocazione sistematica della fattispecie incriminatrice od a definizioni rinvenibili in altre disposizioni penali, il riconoscimento dell'apporto interpretativo della Corte costituzionale, ecc.²²

Non meno icastiche appaiono altre pronunce di legittimità nelle quali la lettura di certi elementi costitutivi del reato appare ancora più distante dal loro possibile significato semantico, e quindi difficilmente ipotizzabile *ex ante* anche da chi, per avventura, leggesse la disposizione incriminatrice in cerca di criteri orientativi del proprio comportamento. Si pensi, ad esempio, a quella sentenza della Suprema Corte che ha inteso in modo così ampio la nozione di «cosa mobile» da qualificare come rapina – anziché al limite come violenza privata – l'asportazione di ovociti in assenza del consenso della donna, ritenendo che questi ultimi, in quanto espianabili, potessero contribuire alla subcategoria delle cose cc.dd. «mobilizzabili», come tali diverse dalle «cose» vere e proprie, ma pur sempre «cose», a quanto pare d'intendere²³. Non è però dif-

²¹ In questo senso, v. Cass. pen., sez. I, 20.11.1998, Mantovani, in *Giust. pen.*, 2000, II, c. 24. V. anche, nel tempo, ID., 21.9.2016, Ferrentino, in *Foro Plus* (rv 270382), ID., 6.2.2002, Capogrosso, in *Dir. prat. lav.*, 2002, p. 1388, ID., 9.7.1990, Chili, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 15.

²² V. difatti gli argomenti evocati da M. LANZI, *La rimozione e l'omissione dolosa di presidi di sicurezza sul luogo di lavoro*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Tomo 1, II^a ed., Torino, 2019, p. 1734 ss., che si riferisce alla nozione giuslavoristica di «infortunio», alla collocazione sistematica dell'art. 437 c.p. tra i delitti di comune pericolo «mediante violenza», alla distinzione tra «malattia professionale» ed «infortunio sul lavoro» operata dall'art. 590, u.c., c.p., alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che aveva già giudicato impraticabile l'assimilazione tra «malattia» ed «infortunio» in quanto violatrice del principio di legalità.

²³ Cfr. Cass. pen., sez. II, 25.11.2020, Antinori, in *Giur. it.*, 2021, p. 1732, con nota di A. VALLINI, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1206, con nota di A. DE LIA, in *Foro news* (20.1.2021), con nota di G. DE MARZO, in *sistemapenale.it* (22.1.2021), con nota di E. PEZZI, in *altalex.com* (23.3.2021), con nota di A. DI

ficile comprendere come, al di là dell'ingegno linguistico nel creare neologismi, per quanto il concetto di «cosa mobile» possa dimostrarsi piuttosto capiente, ben difficilmente esso potrà spingersi a ricomprendere ciò che biologicamente è parte dell'essere umano ed è dotato, tra l'altro, di una propria, potenziale vitalità. Nella medesima prospettiva, va segnalata anche quella maggioritaria giurisprudenza che ha del tutto trasfigurato il concetto di «profitto» nel delitto di furto, affrancandolo in modo pressoché completo da una qualsivoglia connotazione patrimoniale, fosse pure soltanto funzionale al conseguimento di ulteriori scopi, rinvenendolo persino nel fine di «soddisfa[re] un bisogno psichico e rispondere, quindi, a una finalità di dispetto, ritorsione o vendetta»²⁴. Anche in tale caso, difatti, la distanza dal possibile significato del concetto di «profitto», che implica un incremento economico, appare evidente, così come lo è l'obbiettivo politico-criminale di slabbrare la fattispecie di furto privando il previsto dolo specifico della sua più tipica funzione selettiva²⁵. D'altra parte, non risulterà di certo agevole persuadere chiunque leggesse l'art. 615-*bis*, in combinato disposto con l'art. 614 c.p., che «luogo di privata dimora» è pure la *toilet* di un circolo ricreativo²⁶, tanto più ove il lettore conoscesse quella giurisprudenza che per riconoscere tutela penale a ciò che in siffatti luoghi si trova od accade richiede tra l'altro – e con evidente richiamo del senso comune – che tra questi e la vittima sussista un rapporto di utilizzo «caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità»²⁷.

E le esemplificazioni potrebbero continuare, sebbene non possa sottacersi – per onestà intellettuale – come negli ultimi anni parte della stessa giurisprudenza abbia

SANTO, ed in *penaledp.it* (11.5.2021), con nota di M.T. RAVIDÀ.

²⁴ Così, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 22.4.2022, n. 20442, in *dirittoegiustizia.it* (26.5.2022), ma nello stesso senso, tra le più recenti, v. anche ID., sez. IV, 6.10.2021, n. 4144, in *Riv. pen.*, 2022, p. 567, ID., 26.11.2019, n. 13842, in *Cass. pen.*, 2020, n. 12, p. 3734, ed *ivi* ulteriori riferimenti.

²⁵ Per un quadro del contrasto dottrinale e giurisprudenziale che comunque sussiste in argomento, v. A. NATALINI, *Dubbi sul fine di trarre profitto nel delitto di furto. Il quadro delle decisioni*, in *Guida dir.*, 2022, n. 33, p. 60 ss. e N. GRANOCCHIA, *La rinnovata vitalità del fine di profitto del delitto di furto. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità*, in *archiviopenale.it*, 20.1.2023, che infine censura la spoliazione del concetto di profitto di ogni connotazione patrimoniale (v. pp. 6-7 e 10 ss.). Al momento in cui si scrive, la questione risulta rimessa alle Sezioni Unite da Cass. pen., sez. V, 18.11.2022, n. 3228, in *sistemapenale.it*, 15.2.2023, con nota di A. AIMI ed *ivi*, 28.2.2023, con nota di M. BIANCHI, che ha richiesto al Supremo Consesso di chiarire «se il fine di profitto, in cui si concreta il dolo specifico del delitto di furto, debba essere inteso solo come finalità dell'agente di incrementare la sfera patrimoniale, sia pure in funzione del perseguimento di ulteriori fini conseguibili, ovvero se possa anche consistere nella volontà di trarre un'utilità non patrimoniale dal bene sottratto».

²⁶ V. Cass. pen., sez. V, 1.3.2021, n. 25263, in *sistemapenale.it*, 23.11.2021, con nota di F. PITTAU.

²⁷ Cfr., sebbene in materia di furto in abitazione, Cass. pen., SS.UU., 23.3.2017, D'Amico, in *Riv. pen.*, 2017, spec. p. 835 ss., con nota di D. GIANNELLI.

lanciato evidenti segnali di “resilienza” nel senso di una rinnovata (ri)afferma- zione del principio di stretta legalità, che non è certo sfuggita alla dottrina²⁸. La svolta per così dire “testualista” risulta intrapresa anzitutto dalla Corte costituzionale, che, ad esempio, in due recenti ed emblematiche sentenze pare averla calcata con una parti- colare inequivocità. La Consulta ha infatti affermato che, dovendo consentire all’individuo di conoscere in anticipo le conseguenze della propria condotta, rispetto ai «testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati» che incarnano l’imperativo penale «l’ausilio interpretativo del giudice penale non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo»²⁹, così che, in altre e più dirette parole, «è il testo della legge – non già la sua successiva interpretazione ad opera della giurisprudenza – che deve fornire al consociato un chiaro avvertimento circa le conseguenze sanzionatorie delle proprie condotte, sicché non è tollerabile che la sanzione possa colpirlo per fatti che il lin- guaggio comune non consente di ricondurre al significato letterale delle espressioni utilizzate dal legislatore»³⁰. Assai più numerosa, naturalmente, appare la giurispru- denza della Suprema Corte orientata in modo simile. A tale proposito, basti il riferi- mento, tra i virtuosi esempi di proclamata “legalità testuale”, alla già richiamata pro- nuncia delle Sezioni Unite che ha escluso che locali di lavoro ai quali normalmente accede una pluralità di soggetti senza il consenso del titolare possano qualificarsi co- me «luogo di privata dimora» ai sensi del delitto di «furto in abitazione» *ex art. 624- bis c.p.* Secondo il Supremo consesso, difatti, il riferimento del legislatore a tale con- testo spaziale presuppone semanticamente che in esso si svolgano non occasional- mente atti della vita privata e che esso non sia aperto al pubblico né accessibile a ter- zi senza il consenso del titolare, essendo tale significato – e qui sta il punto – imposto dalla «interpretazione letterale e sistematica della norma»³¹, sì che la sua estensione

²⁸ Oltre alle note che corredano le sentenze di seguito richiamate, cfr. V. MAIELLO, *La legalità*, cit., p. 136 ss. e F. PALAZZO, *Legalità penale vs creatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 993 ss.

²⁹ Cfr., a chiusura della nota “saga Taricco”, Corte cost., 10.4.2018, n. 115, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2776, spec. § 11, con nota di M. GAMBARDELLA.

³⁰ V., nella precipua materia dell’analogia in materia penale, Corte cost., 28.4.2021, n. 98, in *Giur. cost.*, 2021, p. 1797, con nota di C. CUPELLI, a cui *adde* L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Una riflessione a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen*, 2021, n. 2, p. 207 ss., F. PA- LAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.* 2021, p. 1218 ss., M. SCOLETTA, *Verso la giu- stiziabilità della violazione del divieto di analogia a sfavore del reo*, in *Osserv. cost.*, 2021, n. 5, p. 196 ss., ed A. CADOPPI, *Una tessera in più nel puzzle della legalità*, in *Ind. pen.*, 2022, p. 62 ss.

³¹ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 23.3.2017, D’Amico, cit., spec. § 2.1 e 2.6.

tesa a ricomprensivi luoghi che tali caratteristiche non hanno «contrast[erebbe] sia con il dato letterale sia con la *ratio* e la interpretazione sistematica della norma»³². Sulla stessa linea di rispetto del vincolo testuale si colloca anche quella recente giurisprudenza di legittimità che ha precisato come il delitto di «Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente» *ex art. 353-bis c.p.* sia configurabile solo allorquando per quest'ultima «sia prevista una “gara”, seppure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale», e non già anche laddove «il procedimento di scelta sia svincolato da ogni schema concorsuale, ovvero quando la decisione di procedere all'affidamento diretto sia essa stessa il risultato di condotte perturbatrici volte a evitare la gara». Ed ancora una volta, il punto da evidenziare sta nella motivazione: precisa infatti la Corte che, «rispetto al dato letterale della norma incriminatrice, non sono [...] condivisibili torsioni interpretative volte a [...] attribuirgli un significato ulteriore, distinto e più ampio, rispetto a quello desumibile dalla sua immediata lettura», le quali, in realtà, «finiscono per estendere l'ambito della norma incriminatrice e la tipicità della fattispecie con un procedimento analogico *in malam partem* in cui, attraverso considerazioni di natura teleologica, si varcano i paletti fissati dalla lettera della legge»³³.

4. (Segue) Difesa del limite del testo normativo e “realismo ermeneutico” nella recente dottrina penalistica

Più rassicurante, almeno nell'ottica del mantenimento di una concezione legislativa della legalità, parrebbe invece il panorama dottrinale, quanto meno a tutta prima. Se, difatti, si assume quale riferimento maggiormente significativo della natura “condivisa”, “stratificata” di un'opinione in seno ad una certa comunità di studiosi quella veicolata dalla più diffusa manualistica, l'impressione è che la scienza penalistica continui davvero ad essere una «specie di Cina imperiale, chiusa nelle sue mura e con i porti sbarrati»³⁴, attenta a custodire gelosamente – e nell'incredulità di qualcuno – i dogmi legalitari del garantismo illuminista dall'assalto delle più moderne teorie ermeneutiche dell'interpretazione³⁵. In effetti, nella manualistica si trova

³² Cfr. Cass. pen., SS.UU., 23.3.2017, D'Amico, cit., spec. § 2.1 e 2.6.

³³ In questo senso, v. Cass. pen., sez. VI, 28.10.2021, n. 5536, spec. § 3.3, in *Cass. pen.*, 2022, p. 1785 e in *Dir. giust.* (17.2.2022), con nota di A. PANETTA. Successivamente, ed in modo conforme anche nella parte motiva, ID., 26.10.2022, n. 45709, spec. § 4.2.2, in *De Jure*, ed *ivi* ulteriori precedenti.

³⁴ Cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quad. fiorentini*, 1973, p. 272.

³⁵ Ancora di recente desta infatti “meraviglia” che parte della dottrina penalistica sia diffidente ve-

per lo più ribadita la particolare rilevanza *in criminalibus* del limite – spesso aggettivato come «insuperabile» – del significato letterale anche “massimo” dell’enunciato normativo, che costituirebbe, d’altronde, lo spartiacque tra l’interpretazione c.d. «estensiva», ammessa, e l’analogia (a sfavore del reo), proibita. Il ricorrente *refrain* vuole infatti che l’operatore permanga nel campo dell’interpretazione sino a quando egli contenga la portata precettiva dell’enunciato normativo entro il perimetro del suo significato letterale, sia pure teso alla sua massima estensione semantica, mentre scada nell’analogia vietata ogniqualvolta tale limite valicasse³⁶. Ne risulta che il confronto tra siffatte assunzioni e la pur contenuta rassegna di casi risolti in sede giudiziaria poc’anzi fatta dovrebbe indurre a ritenere che sul valore da riconoscere al dato letterale si registri una vera e propria «discrasia» tra dottrina e giurisprudenza, come difatti in passato si è pure detto³⁷. In verità, una volta ampliato lo sguardo, ci si avvede di come l’*opinio doctorum* promuova modelli interpretativi assai diversi³⁸, spesso dimentichi di quel vincolo letterale in precedenza definito come «invalicabile».

Così, e per limitarsi a pochi esempi, basti anzitutto segnalare l’approccio di chi, in nome di un «realismo» che imporrebbe di «distinguere tra “ideologia” e “realtà” del sistema penale, tra dimensione “mitologica” e dimensione “effettuale” della riserva di legge», evidenzia come l’attività interpretativa del giudice risulti irrimediabilmente influenzata da un’ampia serie di fattori, quali ad esempio le sue vedute personali, le sue concezioni politico-ideologiche, la preoccupazione per le conseguenze sociali del suo decidere in un certo senso piuttosto che in un altro, le aspettative di taluni portatori d’interessi che egli dovesse sentire concentrarsi su di sé, e via dicendo³⁹: fattori, questi, che ben poco hanno a che spartire con la dimensione semantica

ro le suddette teorie ermeneutiche e continui a difendere i dogmi illuministi: così M. VOGLIOTTI, *Lo scandalo dell’ermeneutica per la penalistica moderna*, in *Quad. fiorentini*, 2005, t. I, p. 131 ss.

³⁶ Cfr. infatti F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XVI^a ed., Milano, 2003, pp. 94 e 98, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 41, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, VIII^a ed., Bologna, 2019, pp. 122 e 140, C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale, Parte generale*, VI^a ed., Torino, 2020, p. 98, G. MARINUCCI-E. DOLCINI-G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, XI^a ed., Milano, 2022, p. 90 ss., B. ROMANO, *Diritto penale, Parte generale*, III^a ed., Milano, 2016, p. 144, nonché, sostanzialmente, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte generale*, IX^a ed., Milano, 2020, p. 100.

³⁷ Cfr. infatti G. CONTENUTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1991, p. 3 ss.

³⁸ Per un riassuntivo quadro dei principali modelli interpretativi («legalista», «giurisprudenziale» e «teologico-tipologico») affermatosi in ambito penale, v. R. BARTOLI, *Lettera, precedente e scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1771 ss.

³⁹ V. precipuamente G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, p. 7 ss., e dello stesso autore anche *Ermeneutica e applicazione giudiziale del*

della fattispecie legale e che, sebbene non immancabilmente, rischiano di esitare in un prodotto interpretativo che la decampa. E la rivisitazione non poteva certo non riguardare anche il tormentato confine tra interpretazione ed analogia. A tale proposito, infatti, si è scorto nel ragionamento analogico non già una tecnica di creazione di nuovo diritto per colmare eventuali lacune emerse nella fase applicativa della fattispecie⁴⁰, ma niente di più che l'ordinario incedere dell'interpretazione giuridica. Questa, difatti, procederebbe per somiglianze tra il "caso esemplare" ritagliato dal legislatore, cioè il tipo criminoso ricostruito principalmente in base allo scopo della norma, ed il *quid* disvaloriale mostrato dai casi concreti di volta in volta sottoposti al giudice, così da risultare estranea al richiamo che l'art. 1 c.p. contiene alla necessità della previsione «espressa» di legge in materia di reati e pene⁴¹. In altre e diverse parole, si tratterebbe di prendere atto di un radicale mutamento del paradigma applicativo della fattispecie penale. Il giudice, difatti, non sarebbe più chiamato ad accertare, secondo il tradizionale schema logico della sussunzione, il significato linguistico della disposizione incriminatrice per verificarne poi la continenza rispetto al fatto storico, bensì a rinvenire le eventuali somiglianze tra quest'ultimo e quello descritto dal tipo criminoso, avuto riguardo alle affinità del contenuto disvaloriale degli stessi, ricostruendo quello della fattispecie legale non solo in base al testo normativo, che

diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 353 ss., e *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, p. 126 ss. V. inoltre O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, p. 176 ss., nonché ID., *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in questa *Rivista*, 2012, spec. pp. 268 ss. e 276 ss., ove tuttavia si propongono alcuni rimedi, tratti dalla psicologia cognitiva, per ridurre i più vistosi condizionamenti provenienti dal suo retroterra che potrebbero distorcere l'attività decisoria del giudice, in quanto latori di *bias* cognitivi, ed ancora ID., «*Salti mentali*», cit., p. 56 ss.

⁴⁰ È questa, per vero, un'opinione ben radicata nella dottrina: v. tra i numerosi R. GUASTINI, *Le fonti*, cit., pp. 426 e 433 ss. e G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020, pp. 11, 60-61.

⁴¹ Il riferimento è, in prima battuta, a N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto* (1938), Milano, rist. 2006, a cura di P. Di Lucia, pp. 121 ss., 129 ss., 164 ss. e 223 ss., ma anche, per la somiglianza dei risultati raggiunti, ad W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen-Hermeneutik* (1968), trad. it. *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2007, p. 237 ss., ad A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache": zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), trad. it. *Analogia e natura della cosa: un contributo alla dottrina del tipo*, a cura di G. Carlizzi, Napoli, 2004, p. 11 ss., a G. ZACCARIA, *L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1535 ss., a M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, 2011, pp. 29 ss., 61 ss. e 119 ss., ed a O. DI GIOVINE, *L'interpretazione*, cit., p. 256 ss. (e ID., «*Salti*», cit., p. 57 ss.). Nella manualistica, per l'irragionevolezza del divieto di analogia *in malam partem* poiché l'analogia avrebbe carattere di certezza e non differirebbe dall'interpretazione estensiva, v. M. BOSCARRELLI, *Compendio di diritto penale, Parte generale*, VIII^a ed., Milano, 1994, pp. 15 e 17 ss.

costituirebbe soltanto l'*incipit* del processo ermeneutico, ma al contesto costituito dall'intero «*corpus iuris* ordinamentale» e «dall'insieme delle conoscenze e dei valori che si sono depositati nella storia in seno ad una determinata comunità»⁴². Di talché, la vera analogia non sarebbe tanto quella che rimane all'interno del tipo legale “sostanziale”, riportandovi fatti che, al di là della continenza sintattico-semantiche del linguaggio normativo, siano comunque riconducibili allo stesso contenuto di disvalore, ma solo quella che estendesse la disciplina legislativa ad un «tipo criminoso» che, sebbene caratterizzato da similitudini naturalistiche rispetto a quello di riferimento, se ne mostrasse tuttavia difforme dal punto di vista del disvalore espresso⁴³.

5. Il «vincolo letterale»: perimetrazione del concetto

A ben vedere, però, tali approcci ermeneutici all'interpretazione risultano viziati da un fraintendimento di fondo, che ha stravolto i rapporti tra «interpretazione» ed «applicazione» del diritto a vantaggio di quest'ultima. Ritenere, infatti, l'attività interpretativa come esclusivamente funzionale a quella applicativa, come nella sostanza parrebbe presupporre la “*nouvelle vague*”, significa sganciare la prima dalle regole poste dal sistema e condizionarla alle sole circostanze uniche e irripetibili del fatto storico. Ma, come è stato puntualizzato, ciò «porta a configurare *per definizione* l'interpretazione come volta alla ricerca della giustizia del caso concreto [...], enfa-

⁴² Cfr. M. VOGLIOTTI, *Dove passa*, cit., p. 122, ma più estensivamente pp. 16 ss., 65 ss. e 113 ss, che in conclusione parla di «legalità ibrida» (v. p. 140). V. anche, tra i cultori del diritto penale, specialmente F. PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. VII, Torino, 1993, spec. p. 361 ss. (e anche ID., *Regole e prassi nell'interpretazione penalistica nell'attuale momento storico*, in *Dir. privato 2001-2002*, vol. VII-VIII, Padova, 2003, p. 520, ID., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, vol. I, Milano, 2006, p. 528 ss., F. PALAZZO-F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, p. 76 ss.), ed O DI GIOVINE, *L'interpretazione*, cit., p. 139 ss. Già in passato, similmente, v. F. ANTOLISEI, *Il giudice penale e la legge* (1940), ora in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano, 1955, p. 50 ss.

⁴³ Sul punto, v. F. PALAZZO, *Testo, contesto*, cit., p. 534 s. e M. VOGLIOTTI, *Dove passa*, cit., p. 121 s., nonché nella manualistica, per tutti, G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, II^a ed., Torino, 2022, p. 120 ss. Per un'argomentazione simile, che correla biunivocamente disvalore del fatto e pena edittale, il cui rapporto di proporzionalità sarebbe dunque infranto dall'analogia, v. G. CONTENUTO, *Interpretazione*, cit., p. 7, nonché, ID., *Corso*, cit., p. 72 ss. Per un tentativo di sciogliere l'ambiguità che, una volta constatato il procedere per via analogica dell'attività interpretativa, ancora dimostra il riferimento al disvalore espresso dal tipo criminoso legale, v. R. BARTOLI, *Lettera, precedente*, cit., p. 1782 ss., che propone il riferimento allo «scopo della tutela» della fattispecie, sulla cui retta identificazione dovrebbe vigilare, in caso di contrasto giurisprudenziale, la Corte costituzionale (v. spec. p. 1791 ss.).

tizzando[ne] le componenti particolaristiche ed equitative»: il che, nello specifico, conduce giocoforza «a ridimensionare [...] alcuni istituti garantistici come la riserva di legge in materia penale (visto che il “caso” conta più della “legge”), e l’uguaglianza formale intesa come parità di trattamento davanti alla legge»⁴⁴.

Esistono tuttavia persuasivi argomenti non solo per continuare a sostenere le ragioni della «legge» nel recinto del diritto penale, come meglio si dirà (v. *infra*, § 6), ma anche per affermare che è la stessa interpretazione «giuridica», quale attività che attribuisce significato a disposizioni normative, a non potere tollerare un completo “tradimento testuale” dell’operatore del diritto. Ed invero, proprio la constatazione che siffatta tipologia di interpretazione ha per oggetto un precetto che, per note esigenze di conoscibilità, uguaglianza e formalizzazione delle moderne fonti del diritto, assume oggi la forma di un «testo scritto», e che per di più ha natura «autoritativa», fa sì che dall’interprete «ci si aspett[i] un grado abbastanza elevato di “fedeltà” al testo», che invece non ci si attende in altri contesti interpretativi⁴⁵. Il che è come dire che sono la forma scritta del precetto e le conseguenze della sua violazione a richiedere già di per sé che il contenuto letterale della disposizione – e di quella incriminatrice in particolare – debba continuare a considerarsi, da un canto, imprescindibile base di partenza da ogni processo interpretativo-applicativo, e, dall’altro, linea perimetrale invalicabile per ogni interprete⁴⁶. Ma ciò presuppone, anzitutto, che si abbia chiaro in cosa suddetto «vincolo» consista.

Ebbene, è ovvio che esso non può che prendere corpo da quella che di solito viene definita come interpretazione «letterale» o «testuale», la quale, a ben vedere, designa in realtà un insieme di «mezzi», «criteri», «elementi» o «argomenti» che qui, per semplicità, possono considerarsi denominazioni equivalenti. Secondo l’impostazione tradizionale, infatti, l’interpretazione letterale sarebbe quella che ricostruisce la volontà ed il contenuto della legge concentrandosi prevalentemente sull’esame della sua dimensione testuale, impiegando precipuamente a tale fine il criterio «linguistico (o grammaticale)» e quello «sintattico», nonché, in funzione sussidiaria, quello «giuridico-terminologico»⁴⁷. Con i primi due criteri, che chiaramente si

⁴⁴ Così, v. G. PINO, *L’interpretazione*, cit., pp. 51-52 (corsivo nel testo).

⁴⁵ In questo senso, v. segnatamente G. PINO, *L’interpretazione*, cit., pp. 8 e 110 ss., che deduce tale “aspettativa” dallo stesso oggetto dell’interpretazione giuridica, costituita da «testi autoritativi», e dalla natura «scritta» del diritto.

⁴⁶ Così, e per tutti, v. nella tradizione R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I, II^a ed., Torino, 1950, p. 93, e più di recente D. BRUNELLI, *Il diritto*, cit., p. 4.

⁴⁷ È questa l’impostazione e la terminologia di G. BELLAVISTA, *L’interpretazione*, cit., pp. 47 e 50 ss.

compenetrano, si tende a ricostruire il messaggio regolativo veicolato dalla disposizione scritta vagliando i sintagmi, le proposizioni ed i periodi che la costituiscono alla luce delle regole che disciplinano l'uso ed il significato delle singole parole nel linguaggio comune – e forse meglio sarebbe parlare allora di criteri grammaticale «in senso stretto» e «semantico» – e quelle che regolano il modo in cui, in una certa lingua, i singoli lemmi si combinano tra di loro per costruire frasi di senso compiuto. Si precisa, poi, che laddove la legge impieghi espressioni o parole il cui significato nel linguaggio normativo si distacca da quello comune (es.: termini tecnici, distinzioni di singoli significati di una parola che invece l'uso volgare assomma indistintamente nella stessa, ecc.), è nel primo senso che il segno linguistico andrebbe inteso⁴⁸, sebbene sul punto neanche la dottrina tradizionale conveniva⁴⁹ (ma v. *infra*, § 7).

Orbene, nonostante che lo stesso concetto di «significato letterale» possa risultare di per sé non del tutto univoco⁵⁰, è pur vero che una solida tradizione converge nel ritenere che esso debba intendersi come quello che deriva dall'impiego, quanto meno, delle regole grammaticali e sintattiche proprie della lingua nella quale la disposizione normativa interpretata risulta scritta⁵¹: regole, queste ultime, il cui dominio può forse considerarsi, nel diritto penale, come parte integrante di quel «dovere strumentale di conoscenza» che il pur modificato art. 5 c.p. continuerebbe a porre a carico del cittadino⁵².

Maggiormente problematico, casomai, è il rapporto che sussisterebbe tra i possibili significati letterali del precetto normativo che l'utilizzo di tali regole faccia emergere e l'impiego degli ulteriori criteri ermeneutici ai quali, sul presupposto di un "dubbio" che gli sarebbe salito alla mente, il giudice potrebbe ricorrere, il che, per

⁴⁸ Cfr. G. BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 53 ss.

⁴⁹ Per l'uso sempre e comunque del significato comune delle parole, condizione affinché «la legge funzioni da elemento regolatore della condotta umana», v. A. DE MARSICO, *Diritto penale, Parte generale* (1969), Napoli, rist. 2020, p. 34.

⁵⁰ Segnala infatti V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 35 ss. e 72, come il contenuto dello stesso «significato letterale» non sarebbe univoco, non solo perché riferibile sia alle singole parole che a tutto l'enunciato normativo, ma anche perché tale «significato» potrebbe intendersi non solo come quello «conforme alle regole di funzionamento della lingua», di cui nel testo, ma anche a quello «più immediato», «chiaro», «più ovvio», «fedele all'intenzione del legislatore», ecc.

⁵¹ V. già G. GORLA, *L'interpretazione*, cit., p. 113 ss., e più di recente, tra gli altri, V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 73 (almeno per il criterio sintattico), F. CARINGELLA, *L'interpretazione*, cit., p. 48 ss., G. PINO, *L'interpretazione*, cit., p. 279 ss. ed E. DICIOTTI, *Le attività*, cit., p. 14 ss., che vi aggiunge «le regole e convenzioni che vengono indubbiamente osservate nella redazione dei documenti normativi» (ad es.: l'utilizzo del tempo presente in funzione imperativa).

⁵² «Dovere strumentale», questo, notoriamente teorizzato da Corte cost., 24.3.1988, n. 364, in *Foro it.*, 1985, II, c. 1385, con nota di G. FIANDACA (v. spec. § 18).

inciso, non sembra però inficiare il riconoscimento ai primi della funzione di “vincolo perimetrale” posto ai possibili esiti interpretativi ai quali, utilizzando i secondi, il giudice potrebbe giungere.

Tale questione è in genere tematizzata dai teorici dell’interpretazione all’interno di quell’ampio fascio di questioni che l’art. 12 disp. prel c.c. ha originato, ed in particolare entro quella che attiene al rapporto tra i mezzi interpretativi *ivi* previsti, ossia quello letterale (il «significato proprio delle parole secondo la connessione di esse») e quello della «intenzione del legislatore»⁵³, che viene in genere riferito alla *ratio legis* c.d. «teleologico-oggettiva»⁵⁴. Ma è proprio dal confronto con siffatta «intenzione» immanente alla disposizione normativa che, con maggiore facilità, possono scaturire “prodotti interpretativi” dal contenuto inusitato rispetto a quelli producibili dall’interpretazione letterale. In effetti, è noto come, guardando all’interpretazione-prodotto piuttosto che all’interpretazione-attività⁵⁵, la dottrina distingue, oltre alla c.d. «interpretazione dichiarativa» (*scilicet*: esiti dichiarativi dell’attività interpretativa), che confermerebbe il significato letterale della disposizione, sia quella «estensiva» che quella «restrittiva». La prima muoverebbe dal presupposto che il legislatore «*minus scripsit quam voluit*», sì che la disposizione andrebbe considerata «sotto-inclusiva»; la seconda, invece, presupporrebbe che il legislatore «*plus scripsit quam voluit*», sì che la disposizione si presenterebbe come «sovra-inclusiva»⁵⁶. In ognuno dei due casi, appare chiaro come l’interprete utilizzi il parametro della *ratio legis* come strumento “correttivo” della affermata inadeguatezza per difetto o per eccesso del contenuto letterale della disposizione⁵⁷.

⁵³ V. tra gli altri R. QUADRI, *Dell’applicazione*, cit., p. 252 ss., R. GUASTINI, *Le fonti*, cit., pp. 391 e 396 ss., V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 59 ss., F. POLITI, *Lezioni*, cit., p. 62.

⁵⁴ In questo senso, e per tutti, v. F. CARINGELLA, *L’interpretazione*, cit., p. 101 ss., e, tra i penalisti, già L. SCARANO, *Il problema*, cit., p. 165 ss. Non sempre, tuttavia, è chiaro da quali elementi tale *ratio* andrebbe desunta: per la ricostruzione storica di tale argomento interpretativo comprensiva delle sue varianti e problematiche delimitative, v. R. GUASTINI, *Le fonti*, cit., p. 394 ss., V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 74 e 39 ss., G. PINO, *L’interpretazione*, cit., p. 281 ss. e F. POLITI, *Lezioni*, cit., p. 68 ss.

⁵⁵ Per tale intuitiva distinzione, v. da ultimo G. PINO, *L’interpretazione*, cit., p. 25 ss.

⁵⁶ Così, e con la diversa terminologia segnalata nel testo, rispettivamente R. PANNAIN, *Manuale*, cit., pp. 96-97 e G. PINO, *L’interpretazione*, cit., pp. 154-155.

⁵⁷ Invero, interpretazione «estensiva» e «restrittiva» sono considerate, diversamente da quella «dichiarativa», come forme di interpretazione «correttiva» del testo di legge, che, in virtù della sua affermata *ratio*, viene manipolato: al riguardo, v. con chiarezza G. PINO, *L’interpretazione*, cit., pp. 184 ss. e 285 ss., ma anche R. GUASTINI, *Le fonti*, cit., p. 368 ss., V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 53 s. e F. CARINGELLA, *L’interpretazione*, cit., pp. 56-57, 114 ss. e 153 ss.

Ma anche a non riferirsi precipuamente all'ambito del diritto penale, vi è chi sottolinea come, in un ordinamento legalitario, il mezzo teleologico debba "armonizzarsi", "saldarsi" con quello letterale, in modo che il primo «non [possa] oltrepassare il limite rappresentato dalla lettera della legge», considerato che, in caso contrario, «si aprirebbe la strada al puro arbitrio dell'interprete»⁵⁸. Non può allora non concordarsi – ed a maggiore ragione *in criminalibus* – con chi afferma che «Non è questione di estendere o restringere o mutare altrimenti il senso letterale della disposizione, ma di determinarne tale senso in rapporto al discorso integralmente considerato», dovendo essere «sempre nel discorso legislativo che va cercata la soluzione» dei casi dubbi, sì che ove «esso manca della necessaria coerenza, se è inconcludente, allora non si potrà parlare più di "precisa disposizione di legge" e si dovrà passare alla materia del secondo capoverso»⁵⁹, e cioè all'integrazione analogica della legge *ivi* prevista ma notoriamente vietata nel diritto penale se *in malam partem*. Ma ecco, allora, emergere il profondo significato dell'adagio *in claris non fit interpretatio*, e quindi il senso del vincolo testuale: non già quello, come si direbbe a tutta prima, della non necessità di una "interpretazione" della legge, ma quello che «esprime [...] il concetto di non procedere ad interpretazione *integrativa* né *correttiva* quando la lettera documentale [...] produce una norma non assurda»⁶⁰.

In diverse e conclusive parole: in un sistema, come quello penale, che voglia davvero fondarsi sul principio di legalità formale e di colpevolezza, non ha granché significato distinguere tra risultati «dichiarativi», «estensivi» o «restrittivi» dell'interpretazione, tra interpretazione «stretta» e non. Difatti, l'unica *divisio* che davvero conta è quella tra quell'interpretazione che, al limite, pure si estenda sino ai confini delle ipotesi applicative consentite dal tenore letterale della disposizione come determinato dalle regole della lingua e quell'interpretazione che, invece, valichi siffatto limite, la quale deve perciò ritenersi vietata. E così, per tornare ai casi giurisprudenziali sopra richiamati (v. *retro*, § 3), non importa se estensiva, teleologicamente orientata, evolutiva, adeguatrice o conforme a quale superiore norma essa possa definirsi, ma nessuna interpretazione rispettosa del vincolo testuale può parificare il «gettare cose» all'«emettere onde elettromagnetiche», il «mezzo del telefono» alla «posta elettronica», l'«infortunio» alla «malattia», la «cosa mobile» all'«ovulo

⁵⁸ V. testualmente F. CARINGELLA, *L'interpretazione*, cit., p. 103, ma anche, tra gli altri, V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 44. Già da tempo, tra i penalisti, cfr. R. PANNAIN, *Manuale*, cit., pp. 93-94, probabilmente sulla scia di C. BECCARIA, *Dei delitti*, cit., § IV (p. 22 s.).

⁵⁹ Cfr. R. QUADRI, *Dell'applicazione*, cit., p. 265.

⁶⁰ In questi termini, v. G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., pp. 34-35 (corsivi aggiunti).

umano», il «luogo di privata dimora» alla «*toilet* di un circolo ricreativo». Forse non sarà un gran che come limite, ma almeno questo va rispettato: e le ragioni appariranno a breve chiare.

6. (*Segue*) Le sue ragioni fondative nel diritto penale

La necessità dell'interprete di tenere nella massima considerazione il vincolo del testo di legge nasce da una serie di argomenti, alcuni dei quali già accennati (v. *retro*, § 5), che discendono sostanzialmente da un duplice carattere di fondo che solo il diritto penale possiede. Da un canto, non va infatti dimenticato che, tra le sanzioni contemplate dall'ordinamento giuridico, quella penale vanta il contenuto di gran lunga più afflittivo, anche in considerazione dello stigma sociale che essa attira sul reo. D'altro canto, occorre tenere a mente che la gran parte delle disposizioni penali – e segnatamente quelle che recano fattispecie incriminatrici – svolge una funzione di orientamento dei contegni sociali che, se di certo non è estranea ad altre branche dell'ordinamento giuridico, nondimeno risulta assai più rilevante, almeno in linea di principio. Va difatti considerato che la pretesa comportamentale fatta valere dalla fattispecie penale in termini di puro divieto (reati commissivi) o di obbligo d'azione (reati omissivi) è per definizione funzionale alla salvaguardia di beni della vita – i così detti «beni giuridici» – ritenuti particolarmente rilevanti dall'ordinamento, tanto che esso accorda loro una protezione del tutto peculiare e particolarmente dispendiosa in termini sociali, organizzativi ed economici quale è, appunto, quella penale. In altre parole: evitare che i cittadini tengano certe condotte o far sì che essi ne realizzino talaltre è, perciò, questione rilevante, poiché rilevanti sono quei beni della vita che, in caso contrario, verrebbero offesi.

Orbene, dalla considerazione specie del primo dei suddetti caratteri, che storicamente ha fruttato al diritto penale l'appellativo di «*ius terribile*», nasce il principio di legalità, il quale, almeno nella declinazione assunta negli ordinamenti dell'Europa continentale, prende storicamente le forme della c.d. «legalità-legislativa», che qui preme appunto ribadire⁶¹. E ciò nella convinzione – forse di retroguardia, ma di certo

⁶¹ Per la conferma del principio di legalità formale e la critica della tendenza creazionista sembrano orientati, pur con accenti e motivazioni a volte diversi, C. PEDRAZZI, *Sentenze «manipolative» in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 446, E. MUSCO, *L'illusione*, cit., p. 93 ss., N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione dei principi fondamentali?*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., p. 448 ss.,

rispettosa delle coordinate costituzionali attuali⁶² – che: a) la riserva di legge posta dagli artt. 1 c.p. e 25, comma 2, Cost. non solo contenga le pulsioni punitive del giudice meglio di quanto possa fare il di lui *self restraint* (c.d. «riserva-garanzia»), ma anche esprima la fondamentale esigenza di affidare la delimitazione tra il lecito e l'illecito all'Organo costituzionale che più direttamente esprime la sovranità popolare (c.d. «riserva-attribuzione»), la quale – e forse non è poco – rappresenta l'origine del potere statale (art. 1 Cost.), a partire da quello che ne è certamente l'attributo più connotativo, ossia la potestà punitiva; b) la dialettica politica che si svolge nell'arena parlamentare e con le garanzie riconosciute dalla Costituzione, per quanto non sempre nobile, risulti ancora oggi la migliore forma di contraddittorio e di trasparente formalizzazione delle diverse istanze sociali di tutela, o di mancata tutela penale, piuttosto di quanto lo sia una decisione assunta nel segreto di una camera di consiglio; c) pur senza realisticamente negare che, specie in certi frangenti, l'applicazione della fattispecie penale può essere influenzata dal tipo di fatto storico da sussumere nella figura legale e viepiù da fattori di natura extragiuridica, tra i quali le personali convinzioni del giudice, è altrettanto indubbio che, nell'assoggettare questi «soltanto alla legge», e per di più a ciò che essa «espressamente» prevede, gli artt. 25, 101 Cost., 1 c.p. e 14 disp. prel. c.c. pretendano dal giudice che egli immuni il proprio agire da pregiudizi personali o precomprensioni della realtà e si ritenga astretto al testo della legge, che dovrebbe essere lealmente interrogato e non violentemente spremuto. Se un *quid* connotativo si vuole davvero riconoscere all'interpretazione penalistica, forse esso andrebbe ricercato proprio nel suo garantistico prevalere dello «*Sollen*» normativo sullo «*Sein*» di una prasseologica dinamica ermeneutica: l'eccezionale gravità della sanzione penale vale bene un tale «sforzo».

M. RONCO, *Precomprensione ermeneutica del tipo legale e divieto di analogia*, *ivi*, spec. p. 709 ss., G. MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1254 ss., F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, *cit.*, p. 110 ss., e successivamente in *Jus legibus solutum. Ovvero la legge del giudice penale*, in AA.VV., *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, a cura di R. Acquaroli, E. Fronza, A. Gamberini, Roma, 2021, spec. p. 392 ss., R. RAMPIONI, *Il reato quale illecito di modalità e di lesione tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 573 ss., A. DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in questa *Rivista*, 2014, p. 105 ss., G. LICCI, *Criteri*, *cit.*, spec. pp. 11 ss., 57 ss. e 105 ss., D. MICHELETTI, *Jus contra lex*, *cit.*, p. 161 ss., L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo*, *cit.*, p. 13 ss.

⁶² Diverse certamente sarebbero le conclusioni se in futuro si introducesse la legittimazione politico-democratica del potere giudiziario: per un quadro delle soluzioni in tal senso, v. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in *Arch. pen. web*, 2017, n. 1, p. 73 ss.

Al secondo dei caratteri del diritto penale si collega la necessità di una figura di giudice che, per sensibilità istituzionale, si senta quanto più possibile astretto al vincolo del testo legislativo, l'unico realisticamente in grado, se non eccessivamente "mediato" da interpretazioni trasfiguranti, di garantire al cittadino scelte effettivamente libere di comportamento. Se non si erra del tutto, è infatti questo il messaggio forse più profondo veicolato dall'avverbio «espressamente» che compare nell'art. 1 c.p. e sottinteso all'art. 25 Cost.: è nella testualità legale, cioè, che risiede la garanzia della predeterminazione della *regula iuris*, anche perché, diversamente, non si intenderebbe il senso del divieto di applicazione retroattiva della norma sfavorevole al reo. E tale conclusione, del resto, non dovrebbe apparire neanche oggi come antistorica o di retroguardia.

Invero, anche tra le concezioni dell'interpretazione giuridica che possono dirsi "moderne", e comunque non vetero formaliste-cognitiviste, esistono significative tendenze alla rivalutazione del vincolo testuale, e ciò proprio nella esplicita prospettiva di «salvaguardare la funzione "basilare" delle norme giuridiche [ossia quella di] orientare i comportamenti dei destinatari»⁶³. Ed è, questa, una funzione che, come si diceva, dovrebbe assumere peculiare rilievo in seno al diritto penale, specie per ciò che esso vieta o richiede sotto minaccia di pena⁶⁴, non essendo certo la (auspicata) obbedienza al precetto questione da vedersi soltanto *ex parte populi*. Al contrario, essa dovrebbe essere affrontata anzitutto interrogandosi sulla capacità del mezzo comunicativo di venire compreso dai destinatari del messaggio, alla quale concorrono sia – ed ovviamente – il legislatore nella fase di poiesi del precetto criminoso, sia poi – ed altrettanto chiaramente – la giurisprudenza nella sua funzione denotativo-connotativa del comando legislativo⁶⁵. Non deve infatti sfuggire, nella prospettiva del cittadino che in futuro delinquerà, il nesso tra i principî di legalità e di colpevolezza riconosciuto dalla Consulta, che in una nota sentenza ha precisato che, da parte propria, «lo Stato assicura ai cittadini che non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato [...]», apparendo chiaro che nello «Stato», in-

⁶³ Così, V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 24.

⁶⁴ Non è un caso che sulla «funzione comunicativa» del testo della fattispecie legale insista, anche in modo funzionale alla delimitazione dei risultati interpretativi, la dottrina penalistica, pur al di fuori di superate concezioni imperative del diritto: v., ad esempio, A. GARGANI, *Dal corpus delicti al tatbestand*, Milano, 1997, pp. 27 ss. e 30 ss., A. PAGLIARO, *Principi*, cit., p. 94, D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010, pp. 111 e 114, M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II^a ed., Torino, 2019, p. 108 ss., F. GIUNTA, *Ghiribizzi*, cit., pp. 91 ss. e 101 ss., V. GIORDANO, *Il paradigma*, cit., p. 196 ss.

⁶⁵ Cfr. Corte cost., 24.3.1988, n. 364, cit., spec. § 16.

teso qui evidentemente come apparato, rientra anche la Magistratura nel proprio compito di esplicitazione del precetto.

Particolarmente ficcante, allora, appare anzitutto il riferimento a chi, professando una concezione «moderatamente scettica» dell'interpretazione, ritiene che la «cornice dei significati» entro la quale il giudice è spesso chiamato a scegliere debba essere sempre «determinata dalle regole semantiche e sintattiche della lingua», sì che, con riguardo all'enunciato normativo, «si può prevedere che, al di fuori dei significati ad esso attribuibili per mezzo delle regole semantiche e sintattiche [...], non vi sia spazio alcuno per invocarlo in via interpretativa», e ciò sul presupposto che «le prevedibilità del non intervento degli organi decisionali [...] è possibile anche perché le regole di funzionamento della lingua non sono patrimonio esclusivo del ceto dei giusperiti»⁶⁶. Ed allora, vero è che tutte «le estensioni che oltrepassano la linea dei possibili significati non sono interpretative ma integrative»⁶⁷, e cioè, in altre parole, che esse non sono più «interpretazioni» del linguaggio (normativo) ma suo «uso»⁶⁸.

Non meno persuasivi appaiono i rilievi di chi, in più ampia prospettiva, ha proficuamente riletto la stessa genesi e le funzioni del diritto attraverso i nessi di quest'ultimo con il linguaggio che lo positivizza, traendone importanti conseguenze sull'interpretazione⁶⁹. In proposito, basterà ricordare come tale estesa indagine muova dal presupposto secondo cui il diritto conferisce riconoscibilità alle azioni umane in quanto le racchiude in quelle determinate forme che sono le fattispecie, descritte attraverso proposizioni linguistiche: il diritto – si afferma – difatti «non “vive” il mondo, ma lo *pensa* e *costruisce* mediante le proprie forme». Ecco allora spiegato il perché si possa affermare che tale «formalismo è la stessa giuridicità», e che «alla *legalità linguistica* corrisponde la *legalità giuridica* delle azioni», volendosi con ciò indicare che «*lo schema dell'azione è espresso in parole* (nelle parole di chi ordina e vieta), e che perciò la stabilità dei significati è insieme stabilità della norma». Si deli-

⁶⁶ Cfr. testualmente V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 26 ss.

⁶⁷ V. ancora V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., p. 98. L'autore, peraltro, si spinge oltre, ritenendo che dalle esigenze garantistico-democratiche espresse dalla legalità penale gemma la regola secondo la quale, in caso di dubbio sul significato semantico-sintattico di una disposizione incriminatrice, si debba «preferire un esito interpretativo favorevole all'irrelevanza penale del comportamento», fungendo qui il canone legalistico da «metacriterio per risolvere le questioni interpretative dubbie» (pp. 96-97).

⁶⁸ In questo senso, v. U. ECO, *I limiti*, cit., p. 32 s.

⁶⁹ Il riferimento è, segnatamente, a N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, *passim*. Ma successivamente, dello stesso Natalino Irti, v. anche più in breve *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 27 ss., nonché, tra i cultori del diritto penale, F. GIUNTA, *Introduzione*, in questa *Rivista*, 2021, p. 90 e V. MAIELLO, *Il linguaggio per gli obbedienti*, *ivi*, p. 100 ss.

nea, allora, «una *teoria che risolve il diritto in artificiale posizione di forme, e le forme in schemi espressivi di azioni*», così che «come dalla forma, così dalla parola il diritto non può uscire»⁷⁰. Da qui, importanti conseguenze in tema di interpretazione, ritenuta un elemento fondamentale nell'assicurare che la norma giuridica funzioni davvero come direttiva comportamentale.

Invero, si muove dall'indiscutibile constatazione che «Il parlante nutre l'aspettativa che la parola sia intesa nel vincolo del significato comune», mentre «l'ascoltatore nutre l'aspettativa che la parola, a lui indirizzata, sia portatrice del comune significato». È, dunque, su questo «affidamento semantico», ossia sulla «stabilità e continuità dei significati, [sul] loro carattere di *oggettività*» che la capacità ordinante della norma si basa. Certo, viene riconosciuto che «il significato delle parole può sì modificarsi nel tempo, allargarsi o restringersi, [sebbene] sempre entro la cornice storica di una data comunità», ma ben «altro» deve considerarsi «la *sovversione di significato*, dovuta a quei parlanti che, discostandosi dalla normalità e normatività della lingua, attribuiscono nuovi e arditi significati alla lingua». In questa prospettiva, si spiega allora il perché la soggezione del giudice alla legge deve intendersi come «soggezione al senso letterale di essa, e ai sensi ulteriori che nel primo sono in-chiusi, sì che il significato della parola, interpretativa e applicativa, abbia un *carattere ritornante*, e combaci con quello dell'uso “comune”, [...] giacché appartiene alla “comunità” locutiva». Emerge, quindi, l'importanza dell'interpretazione letterale, definita come «necessaria e insopprimibile». Questa, difatti, stabilisce «il senso *affidabile e affidante*, che dà “fondamento” a tutti gli altri sensi», sì che «violare o alterare il senso letterale determina *delusione dell'affidamento e crisi del fondamento*». Ed invero, si afferma che i «destinatari di norme giuridiche che ne dirigono le scelte [...] fanno *affidamento* sui significati, per così dire, normali e coerenti, delle parole usate dal legislatore [...] e *calcolano*, con accorta razionalità, che quei significati saranno accertati dal giudice e applicati nelle sue decisioni». Pur mettendo in conto anche «un *rischio linguistico*, derivanti da ambiguità o oscillazioni di significati», i destinatari della norma «escludono proprio in relazione del carattere sistematico della lingua, il rischio del soggettivismo interpretativo». Ciò spiegherebbe sia la regola dell'art. 12, comma 1, disp. prel. c.c., che intende garantire «l' *incontro originario tra chi parla e chi ascolta*, tra chi scrive e chi legge», sia il disposto dell'art. 101 Cost., che, nel proclamare la soggezione alla legge del giudice, da un canto lo «difende [...], e lo mette al riparo da altri e diversi

⁷⁰ Cfr. N. IRTI, *Riconoscersi*, cit., spec. pp. 9-22 (corsivi nel testo).

motivi della decisione», dall'altro lo «vincol[a] alla legge come tavola di parole, linguaggio in cui si esprime la volontà popolare»: soggezione alla legge è, quindi, «soggezione alla parola», «soggezione al senso letterale», sì che, infine, «il giudice è, e deve essere, il custode della legalità linguistica»⁷¹.

Le citazioni del pensiero altrui saranno state forse troppo lunghe ed insistenti, ma adesso nulla più od altro sembra necessario aggiungere in difesa dei presupposti fondanti del vincolo letterale, come sopra precisato (v. *retro*, § 5).

7. (*Segue*) ...ed i suoi ragionevoli limiti

Ribadire il primato della legalità testuale non significa riproporre sotto mutate vesti lo stereotipo del magistrato dedito meccanicamente al «sillogismo perfetto»⁷², sebbene questo, depurato dall'ingenuità di ritenere la premessa maggiore sempre chiara ed indiscutibile, svolga ancora oggi un ruolo decisivo nel preservare i principî di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, di imparzialità del giudice e di controllabilità *ex post* delle sue decisioni⁷³. Del resto, è noto come, più che riassumere l'essenza di un modello di giurisdizione, la figura del giudice «*bouche de la loi*» fosse intesa ad esprimere l'aspirazione dell'Illuminismo alla coerenza tra i suoi presupposti filosofico-politici di libertà ed il modo di amministrare la Giustizia, che avrebbe dovuto essere opposto a quello oppressivo, multi-fonte, classista e specialmente giudice-centrico di *Ancien Régime*⁷⁴. Invero, ad ostare a quello che avrebbe il sapore di un certo “revanscismo anti-giudiziario” stanno numerosi fattori, che impediscono di considerare il significato testuale delle disposizioni come non mai intermediabile dall'opera più o meno creativa del giudice, e ciò pur nel rispetto della funzione di

⁷¹ Cfr. N. IRTI, *Riconoscersi*, cit., spec. pp. 85-96 e 118-127 (corsivi nel testo).

⁷² Il riferimento è chiaramente a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, V^a ed. (1776), con introduzione di R. Rampioni, Roma, 1994, § IV (p. 22 ss.).

⁷³ Cfr. V. VELLUZZI, *La preziosa ingenuità: Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2014, spec. p. 695 ss.

⁷⁴ Per la necessaria contestualizzazione storica del “divieto di interpretazione” della legge penale invocato da Beccaria, v. G. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, p. 969 ss., U. SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, III^a ed., Firenze, 1974, p. 52 ss., M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in questa *Rivista*, 2013, p. 194 ss., F. GIUNTA, *Addio a Beccaria?*, in *Giust. pen.*, 2014, I, c. 250 s., P. ALVAZZI DEL FRATE, *Interpretazione giudiziale e Illuminismo da Beccaria al Code civil*, in AA.VV., *Attualità e storicità del «Dei delitti e delle pene» a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura di G. Rossi, F. Zanuso, Napoli, 2015, p. 75 ss., V. MAIELLO, *Legge e interpretazione nel “sistema” di Dei delitti e delle pene*, in *Discrimen-Rivista*, 2020, n. 3, p. 188 ss.

orientamento comportamentale che – si diceva – compete al diritto penale. Basti infatti qui considerare:

a) che sussiste un'evidente differenza regolativa e funzionale tra le disposizioni della «Parte generale», da un lato, e quelle della «Parte speciale» (o comunque del diritto penale *extra codicem*), dall'altro, la quale si ribalta in modo diverso sulle pretese di legalità realisticamente avanzabili alle une ed alle altre. Come è stato rilevato, infatti, quelle di «Parte generale», contenendo dichiarazioni di principio o la disciplina di istituti giuridici di generalizzata applicazione, sono da intendersi per lo più come “regole di giudizio” dirette fondamentalmente al giudice; quelle di «Parte speciale», invece, contengono di norma “regole di condotta” dirette in prima battuta al cittadino, in quanto vanno precipuamente a tipizzare quei comportamenti che, se posti in essere, verranno puniti. Certo, è ben vero che anche le norme della «Parte speciale» costituiscono altresì regole di giudizio per il giudice, che è chiamato a verificare la conformità alle stesse dei fatti storici che gli vengono sottoposti, ma senz'altro più forte è in esse la dimensione regolativa, la intensità del messaggio precettivo lanciato ai *cives*. Da qui, la diversa forza penetrativa del principio di legalità che ci si può attendere nell'un caso e nell'altro. Tale pretesa, difatti, sarà maggiore rispetto alle norme di «Parte speciale», le quali, poiché direttamente impattanti sulla libertà dei cittadini, abbisognano di una forte perimetrazione in chiave garantista; sarà minore, invece, per quelle di «Parte generale», la quale, aspirando ad ergersi a coerente sistema di principî ed istituti ad applicazione generalizzata, tende di per sé alla completezza concettuale, anche per via di ragionamenti analogici ed interpretazioni creative sensibili ai condizionamenti dogmatici e culturali, essendo ben noto, del resto, che il contenuto regolativo di ogni istituto a carattere generale e di ogni principio è sempre di molto maggiore della capacità espressiva propria della veste semantica che essi assumono una volta positivizzati⁷⁵;

b) che se, da un canto, la forma testuale dei precetti penali è funzionale alla loro capacità di regolare i comportamenti sociali, e quindi reclama un'interpretazione quanto più fedele possibile ai segni linguistici, dall'altro, tuttavia, occorre prendere atto di come questi ultimi non perdano certo il proprio fisiologico carico di incertezze. Così, molti significati possono risultare «vaghi», e cioè non delimitare con sufficiente precisione, in quanto ad un ristretto nucleo concettuale certo affiancano poi un alone marginale di incertezza; così come, d'altronde, gli enunciati possono appa-

⁷⁵ Sul tema è tornato ricorrentemente Fausto Giunta in *Prima lezione di diritto penale speciale*, in *Ius-17*, 2004, n. 1, p. 12 ss., in *Ghiribizzi*, cit., p. 83 ss., ed in *Jus legibus solutum*, cit., p. 395 ss.

rire «ambigui», ossia presentare almeno due significati alternativi, e ciò o per ragioni semantiche e/o sintattiche, ovvero a causa del contesto ove risultano inseriti⁷⁶. A ciò, purtroppo, va aggiunta in molti casi la sommarietà del *drafting* normativo, dovuta sia all'incapacità del legislatore di utilizzare al meglio il linguaggio onde limitare le suddette «ambiguità» e «vaghezze»⁷⁷, sia, in talune circostanze, al suo malizioso intento di delegare di fatto al giudice la determinazione di certe scelte repressive⁷⁸;

c) che, al di fuori di ogni sciatteria o cattiva fede del legislatore, vi sono ipotesi nelle quali l'impiego di espressioni linguistiche "aperte" appare ineludibile, e ciò o per consentire al giudice di attingere al meglio il diritto alle peculiarità del fatto storico (si pensi, per tutti, all'opera di dosimetria sanzionatoria, sensatamente rimessa alla discrezionalità del magistrato dagli artt. 133 ss. c.p.), o perché è lo stesso diritto che, per definire propri concetti, attinge al comune sentire della società e quindi predispone all'uso dei «*Ventilbegriffe*». E sono questi ultimi, poi, che consentono al giudice quella delicata opera di immedesimazione sociale che lo rende interprete autorizzato dell'*idem sentire* in quel dato momento storico (si rammenti, tra gli altri, il

⁷⁶ Su tali limiti del linguaggio normativo, v. anzitutto G. PINO, *L'interpretazione*, cit., p. 115 ss., che individua quattro forme di vaghezza («quantitativa», «combinatoria», «potenziale» e «pragmatica»), e tre forme di ambiguità («semantica», «sintattica» e «pragmatica»), ma anche G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 117 ss., R. GUASTINI, *Le fonti*, cit., p. 348 ss. ed E. DICIOTTI, *Le attività*, cit., p. 21 ss. Tra i cultori del diritto penale, v. per tutti C. DE MAGLIE, *La lingua del diritto penale*, in questa *Rivista*, 2018, p. 114 ss., ma anche, su talune ulteriori singolarità del linguaggio penalistico, G. MANNOZZI, *Le parole del diritto penale: un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1431 ss. e G. MINICUCCI, *Brevi riflessioni sulle contaminazioni linguistiche nel diritto penale*, in questa *Rivista*, 2018, p. 745 ss.

⁷⁷ Cfr. sulle principali tecniche di difettosa redazione della legge penale, v. precipuamente C. DE MAGLIE, *La lingua*, cit., p. 120 ss.

⁷⁸ Si pensi, oltre a quanto già specificato nel testo (v. *retro*, § 2), alla tendenza storica, ben visibile nella «Parte speciale» del codice, alla sterilizzazione del principio di legalità, pur solennemente affermato nell'art. 1, mediante la forgia indeterminata delle fattispecie, spesso contrassegnate dal voluto impiego di formule linguisticamente vaghe a tutto vantaggio dei poteri di una Magistratura allora per lo più fedele al nuovo regime politico: per tale analisi storica v., quanto ai profili della legalità penale, G. MARINUCCI, *Codice penale*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, Torino, 1988, p. 280 e G. NEPPI MODONA, M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in AA.VV., *Storia d'Italia, Annali*, n. 12 (*La criminalità*), a cura di L. Violante, Torino, 1997, p. 790, G. NEPPI MODONA, *Il principio di legalità a politica criminale durante il fascismo*, in *Quad. fiorentini*, 2017, t. II, p. 985 ss., e quanto all'autonomia del potere giudiziario in quel periodo storico, ID., *La magistratura e il fascismo*, in AA.VV., *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Torino, 1973, p. 127 ss. ed O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, 2003, p. 64 ss. Più di recente, per la sottolineatura della «logica fuzzy» nella poiesi del c.d. «diritto penale simbolico», v. S. BONINI, *La funzione simbolica del diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, p. 137 ss.

concetto di «oscenità» di cui all'art. 529 c.p., nonché, almeno in parte, quello di «atto sessuale» rilevante ai sensi degli artt. 609-*bis* ss. c.p.)⁷⁹;

d) che il linguaggio giuridico è un linguaggio che, sebbene potenzialmente diretto a tutti, è comunque «amministrato» da determinati soggetti autoritativi, sì che in taluni casi esso tende a distaccarsi dalla comunicazione ordinaria assumendo una propria “tecnicità”, ad esempio adottando vocaboli in una accezione diversa da quella ordinaria, selezionando da essi solo determinati contenuti semantici, ovvero inventando termini che nel linguaggio ordinario avrebbero un significato astruso o sorprendente⁸⁰. Come si ricordava, tale circostanza introduce non solo un fattore di ambiguità nel riconoscimento del «vincolo letterale», ma anche uno iato rispetto alle ragioni del suo fondamento, delle quali si è parimenti detto (v. *retro*, § 6). Tuttavia, la questione va forse sdrammatizzata quanto meno nella pratica, considerato che, se è vero, da un canto, che molte figure criminose contengono termini od espressioni tecniche, è altrettanto vero, dall'altro, che il più delle volte tali fattispecie si rivolgono principalmente ad un uditorio altrettanto selezionato, o perché esse recano reati propri (si pensi ai reati societari o a quelli fallimentari), o perché *de facto* esse vengono usualmente commesse da “addetti ai lavori”, che quel linguaggio difficilmente possono negare di conoscere (si pensi a reati come l'*insider trading* o la manipolazione del mercato previsti dal Testo unico dell'intermediazione finanziaria).

In conclusione, non v'è dubbio che nei casi esemplificativi sopra tratteggiati il significato testuale della disposizione stenti, in varia misura, a fungere da «barriera interpretativa» per il giudice⁸¹. Non è un caso, difatti, che proprio la dottrina più attenta al rispetto del contenuto testuale della fattispecie abbia poi teorizzato criteri decisori per risolvere i casi che dovessero permanere «dubbi», assumendo sempre quell'*habitus* garantista conforme alla profonda *ratio* del principio di legalità penale: vuoi, ad esempio, postulando l'esistenza nell'ordinamento di un immanente «diritto

⁷⁹ In argomento, per tutti, v. D. CASTRONUOVO, *Tranelli del linguaggio e "nullum crimen"*. Il problema delle clausole generali nel diritto penale, in *lalegislazionepenale.eu*, 5.6.2017.

⁸⁰ Su tale natura del linguaggio giuridico, v. anzitutto M. JORI, *Pragmatica giuridica*, Modena, 2016, p. 61 ss. e da ultimo G. PINO, *L'interpretazione*, cit., pp. 104 ss., e per le ricadute sul vincolo letterale, pp. 280-281, ma v. anche G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 108 ss., e tra i penalisti, C. DE MAGLIE, *La lingua*, cit., p. 111 ss. e G. MINICUCCI, *Brevi riflessioni*, cit., p. 750 ss.

⁸¹ Per un'ampia e generica topica, v. per tutti G. TARELLO, *L'interpretazione*, cit., p. 345 ss. Avvertiva tuttavia G. BELLAVISTA, *L'interpretazione*, cit., p. 159 ss., che, a parte l'ovvio divieto di analogia, esisterebbero alcuni argomenti interpretativi (ad esempio quello dell'antigiuridicità materiale, quello sociologico, quello storico-evolutivo, ecc.) che sarebbero vietati *in criminalibus*, in quanto per definizione porterebbero il giudice, in modo deliberato o meno, a non rispettare la volontà della legge.

soggettivo di libertà», che imporrebbe al giudice di pronunciarsi a favore dell'imputato⁸², o – il che è forse lo stesso – di una «norma generale esclusiva» che vieta al giudice di incriminare un comportamento non espressamente vietato⁸³, vuoi ritenendo che il principio di legalità funga anche da «metacriterio per risolvere le questioni interpretative dubbie» nel senso dell'irrelevanza penale del fatto⁸⁴, vuoi, infine, riconoscendo alla regola processuale-probatoria dell'*in dubio pro reo* un completamento sul versante (interpretativo) del diritto penale sostanziale⁸⁵.

8. Il problema di come accreditare le “buone interpretazioni”: le soluzioni normative prospettate in Italia e quelle attuate all'estero

Ormai da tempo – e come a tacere d'altro confermano gli artt. 12 e 14 disp. prel. c.c. – gli ordinamenti giuridici statuali hanno avvertito l'esigenza, specie in ambito penale, quanto meno di limitare la discrezionalità naturalmente sottesa ad ogni atto interpretativo o comunque di convogliarla su precisi binari. Ed in effetti, sia in Italia che all'estero sono fiorite nel tempo proposte normative o disposizioni di legge a ciò dirette, che si sono sostanziate o nella positivizzazione di un certo criterio ermeneutico che fungesse da riferimento, oppure – od anche – nella predisposizione di sanzioni di varia natura a carico del giudice “eterodosso”.

A molti non saranno forse sconosciute le risposte in tal senso fornite da certo diritto straniero⁸⁶, come quelle, ad esempio, dell'art. 111-4 del codice penale francese («*La loi pénale est d'interprétation stricte*»), dell'art. 4 del *código penal* («*Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*») ed in seconda battuta del «*Recurso de amparo*» al Tribunale costituzionale, in Spagna. Nota, forse, è anche la soluzione sanzionatoria offerta dall'applicazione, al

⁸² In questo senso, v. A. DE MARSICO, *Diritto penale*, cit., p. 36.

⁸³ Così E. DICIOTTI, *Le attività*, cit., p. 54 ss.

⁸⁴ Cfr. V. VELLUZZI, *Le preleggi*, cit., pp. 96-97.

⁸⁵ In questo senso, v. G. CONTENUTO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie* (1998), ora in ID., *Scritti 1964-2000*, a cura di G. Spagnolo, Bari, 2002, p. 376, M. RONCO, *Precomprensione*, cit., p. 713 ed A. CADOPPI, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, 2022, pp. 256 ss. e 336 ss., nonché, parrebbe, A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 97 s.

⁸⁶ Per una panoramica e un primo approccio a tali soluzioni, qui ritenuti sufficienti, v. nella dottrina nostrana, con valutazioni per vero difforni quanto alla loro opportunità politica, efficacia concreta e quindi auspicabile introduzione in Italia, E. MUSCO, *L'illusione*, cit., pp. 98-99 e 113 ss., F. PALAZZO-M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, III^a ed., Torino, 2013, pp. 126 s. e 183, N. MAZZACUVA, *A proposito*, cit., p. 446 s., D. PERRONE, *Nullum crimen*, cit., p. 244 ss.

giudice che «*beugt das Recht*» («piega il diritto»), del delitto di «*Rechtsbegung*» («Abuso del diritto») di cui al § 339 dello *StGB* tedesco, che tuttavia risulta raramente applicato dal *BGH*. Quest'ultimo, difatti, ha da tempo elaborato una strategia di «contenimento del fatto» («*Einschränkung des Tatbestand*»), la quale, visto che «la garanzia di indipendenza del giudice» («*die Garantie richterlicher Unabhängigkeit*») esige che esso «non si espanda in modo inappropriato» («*nicht unangemessen auszudehnen*»), ritiene che il reato in discorso ricorra soltanto ove il reo dolosamente si «allontani in modo rilevante dal diritto o dalla legge» («*in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt*»), risultando punibile «solo la violazione della legge che si sostanzia in una evidente lesione della funzione giudiziaria» («*nur der Rechtsbruch als elementarer Verstoß gegen die Rechtspflege*») ⁸⁷.

Probabilmente più conosciuti risulteranno i tentativi del legislatore domestico di imporre al giudice penale, anche sotto la minaccia di conseguenze sanzionatorie, interpretazioni «strette» o comunque non creative. Si pensi alla proposta avanzata nel 1997 dall'allora Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, o da quella del c.d. «d.d.l. Castelli» del 2002 recante la riforma dell'ordinamento giudiziario ⁸⁸, sulla funzionalità ed opportunità delle quali l'Accademia ha per vero molto discusso, formulando per lo più giudizi tuttavia critici ⁸⁹.

⁸⁷ Riassume in questi termini la giurisprudenza del *BGH* in materia, T. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 60. Aufl., Monaco, 2013, sub § 339, Rdn 14 e 14a. Similmente, v. G. HEINE-B. HECKER, sub § 339, in *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. Aufl., Monaco, 2014, Rdn 11, che concordano con lo sforzo della giurisprudenza teso ad una «*restriktive Auslegung*» della fattispecie, la cui area applicativa sarebbe limitata alla sola «oggettivamente afferrabile, evidente violazione del diritto» («*objektiv fassbaren, elementaren Rechtsverstoßes*»).

⁸⁸ Il riferimento è, segnatamente, all'art. 129, comma 3, della c.d. «IV^a bozza Boato» del progetto della Commissione parlamentare bicamerale per le riforme costituzionali istituita con l. cost. 24.1.1997, n. 1, che può leggersi in *Guida dir.*, 1997, n. 43, p. 27, secondo cui «Le norme penali non possono essere interpretate in modo analogico o estensivo», ed all'art. 7, comma 1, lett. c), n. 9 del d.d.l. recante «Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina per l'accesso alle funzioni presso organi di giurisdizione superiore amministrativa, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico» approvato il 24.1.2004 dalla Commissione Giustizia del Senato (A.S. n. 1296), consultabile su www.senato.it, il quale intendeva punire con la sanzione disciplinare il giudice che avesse adottato «atti e provvedimenti il cui contenuto palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o costituisca esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero riservata ad altri organi costituzionali».

⁸⁹ V. in argomento G. FIANDACA, *La giustizia penale in bicamerale*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 166 ss. (ma anche, successivamente, ID., *Ermeneutica*, cit., p. 355 ss.), F. PALAZZO, *Riforme costituzionali: A) Diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 42 s., M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revi-*

Anche la dottrina, da parte propria, non si è sottratta alla sfida di contenere gli eccessi creativi *in malam partem* dell'interpretazione giudiziale, articolando una serie di proposte destinate ad agire sul versante processuale o deontologico. Ad esempio, si è suggerito di prevedere nella motivazione l'obbligo per il giudice di esporre le ragioni che lo hanno indotto a respingere un'interpretazione favorevole al reo, sebbene consentita dal testo di legge⁹⁰. Altri hanno proposto che, nei casi ove il dubbio interpretativo non possa superarsi con l'approccio logico-deduttivo, poiché la risoluzione del primo richiederebbe precise scelte assiologiche (si pensi ai concetti valutativi ed alle clausole elastiche), a decidere sia una «giuria elettiva di esperti», ossia un organo che svolgerebbe un'attività di natura giurisdizionale ma che, grazie alla propria investitura democratica, avrebbe titolo a decidere anche per il futuro questioni interpretative che richiedono un'opera di bilanciamento tra più interessi sostanziali coinvolti⁹¹. Di maggiore e duraturo successo sembra però la proposta di prevedere, in caso di interpretazione "creativa" o comunque analogica *in malam partem* del giudice penale, l'intervento risolutivo della Corte costituzionale, ripensata nella propria composizione e nelle proprie funzioni, oppure di un organo creato *ad hoc*, sebbene non vi sia accordo sul modo del suo coinvolgimento: qualcuno, infatti, ritiene necessario accedervi attraverso il conflitto di attribuzione sollevato dal Parlamento, mentre altri vorrebbero permettere il ricorso diretto da parte dei cittadini interessati⁹². E non manca chi ha suggerito la formalizzazione, sul piano deontologico-professionale, di «sei regole di ermeneutica penale», che dovrebbero favorire una cultura del *self-restraint* del giudice⁹³.

sione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, in *Critica del dir.*, 1998, p. 121 ss., G. DE FRANCESCO, *Diritto penale e riforma costituzionale*, in *Studium iuris*, 1988, p. 1043 s., E. MUSCO, *L'illusione*, cit., p. 100 ss., A. CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., p. 254 ss.

⁹⁰ Cfr. M. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema postdemocratico dell'oligarchia giudiziaria*, in AA.VV., *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di P.B. Helzel, A.J. Katolo, Padova, 2012, spec. p. 136 ss.

⁹¹ Cfr. M. MENNA, *La salvezza dell'interpretazione non discrezionale del giudice dibattimentale attraverso l'introduzione della "giuria elettiva di esperti"*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 116 ss.

⁹² Nel primo senso, sul presupposto della contemporanea emanazione di norme specifiche e restrittive sull'interpretazione della legge penale, v. G. CONTENUTO, *L'insostenibile*, cit., p. 375 ss. Nel secondo senso, v. F. BRICOLA, *Le definizioni normative nell'esperienza dei codici penali contemporanei e nel progetto di legge italiano*, in AA.VV., *Omnis definitio in iure periculosa? Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 1996, p. 189, G. FIANDACA, *La giustizia*, cit., c. 168, A. MANNA, *L'analogia nel diritto penale*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale, Parte generale*, vol. I, *Il diritto penale e la legge penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino, 2012, p. 220 ss., R. BARTOLI, *Lettera*, cit., p. 1791 ss., V. MAIELLO, *Legalità*, cit., p. 51 ss., che però vorrebbe l'istituzione di un organo specifico, A. CADOPPI, *Il "reato penale"*, cit., p. 334 ss.

⁹³ Cfr. M. DONINI, *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione*

9. Una proposta di lungo periodo: la persuasione culturale del giudice alla “lealtà legalitaria” verso il testo normativo

Forse, però, risulta fondato lo scetticismo di chi ritiene che la codificazione di regole interpretative finalizzate a limitare gli spazi decisorii del giudice costituisca atto di «illusione, sempre fallita e destinata a fallire»⁹⁴, ovvero, secondo una visione forse più concessiva, rimedio «di indubbio ed utile significato simbolico» ma «di tipo omeopatico»⁹⁵, e ciò proprio in considerazione di quanto si è detto in precedenza. D'altronde, appare intuitivo come, una volta codificate, le regole sull'interpretazione assumano a loro volta le forme di “disposizioni normative”, le quali, in mancanza di correttivi, corrono il rischio di essere distorte o non applicate al pari di tutte quelle altre “disposizioni normative” alle cui disapplicazioni o male applicazioni le prime intendevano porre rimedio. Né, del resto, risolutiva parrebbe l'istituzione di un su-

della legge penale nella giurisprudenza, in *Quest. giust.*, 2018, n. 4, p. 101 ss., che così le codifica: «1. Il giudice penale non supplisce mediante nuove disposizioni ai doveri legislativi inadempiti dalla politica, ma al novero di tali inadempimenti non appartiene la richiesta legislativa di un'attività di concretizzazione della legge; 2. Occorre evitare l'argomento delle lacune da colmare. Le lacune in via interpretativa si colmano in diritto civile. In diritto penale, invece, esistono solo lacune nella non punibilità, non nella punibilità (analogia solo *in bonam partem*); 3. Sono soprattutto le possibili soluzioni in diritto, più che le “decisioni”, nella dimensione dell'interpretazione in astratto delle regole e della casistica consolidata, che possono e devono essere prevedibili. La stessa loro applicazione ai casi concreti contiene margini di variabilità più incerta che fa parte della vita del diritto, anche di quello penale; 4. L'onestà intellettuale del giudice che riconosce come uno “strappo” rispetto al passato l'innovazione ermeneutica *in peius* (legittima) che non sia meramente esemplificativa della regola e risulti peraltro generalizzabile, gli impone di applicarla solo ai casi futuri, in conformità agli articoli 7 Cedu, 27, co. 1, Cost. e 5 c.p., alternativamente operanti; 5. Non è sempre facile distinguere interpretazione estensiva e analogia. C'è peraltro un *test* di prova, ed è se si sarebbe costretti, onestamente, a riscrivere la stessa disposizione di legge adottando una certa sua estensione. Se fosse mera innovazione normativa (che non altera la scrittura della disposizione), potrebbe scusare non averla conosciuta, ma sarebbe come l'interpretazione autentica, che opera *ex tunc*; se modifica o è dubbio che modifichi la disposizione, allora o opera *ex nunc*, oppure comunque si deve applicare la scusante, in caso di imprevedibilità; 6. La difficoltà di qualificare un'interpretazione come estensiva o analogico-creativa, cioè tale da modificare la disposizione, dovrebbe imporre di ritenerla, nel dubbio, sempre analogica, ma comunque di applicare, in caso di sua ritenuta legittimazione ermeneutica, la scusante dell'ignoranza inevitabile: perché è vero che anche l'analogia può essere prevedibile e prevista, ma se si tratta di possibile analogia non dovrebbe mai entrare nel sistema in via giudiziale (*in dubio pro analogia*). Viceversa, se il dubbio sulla sua qualificazione viene in qualche modo risolto nel senso della mera estensione, deve essere bilanciato con una effettiva valutazione della scusabilità dell'ignoranza. La diversa, tradizionale lettura che disapplica la scusante appare invece ispirata a una cultura autoritaria e non liberale dei rapporti fra Stato e consociati».

⁹⁴ Così, D. PULITANÒ, *Diritto penale*, IX^a ed., Torino, 2021, p. 125.

⁹⁵ In questi termini, O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo*, cit., p. 275, che alla pagina successiva chiarisce significativamente di «non crede[re] nell'omeopatia».

premo e laico “organo garante”, posto che rimarrebbe comunque irrisolta la questione del «*Quis custodiet ipsos custodes*».

Non è allora un caso che, forse prendendo atto con realismo della storica impossibilità del legislatore di governare l’interpretazione giudiziaria, la soluzione da qualcuno prospettata consista nell’appello alla «responsabilità istituzionale» del magistrato, da intendersi come «autocontrollo», e cioè come verifica critica del percorso argomentativo seguito, che dovrebbe anche appalesare al magistrato suoi eventuali pregiudizi ideologici o culturali, come «senso del limite», che scongiurerebbe al giudice l’utilizzo del diritto penale come strumento di implementazione dell’etica sociale, e come «esercizio del dubbio metodologico», che richiamerebbe il magistrato a confrontare le proprie soluzioni interpretative con quelle prospettate dalle parti processuali⁹⁶, ma anche, secondo altri, con le «*doctrines* ragionevoli [...] in base a stili di argomentazione approvati dalla comunità»⁹⁷. Appare tuttavia evidente come, pur assunta questa prospettiva risolutoria, resti da definire come si possa quanto meno “stimolare” nel magistrato tale assunzione di responsabilità, sul presupposto – ovviamente se condiviso – per cui un interprete responsabile verso il diritto positivo è «colui che cerca di determinare cosa dicono le fonti del diritto e qualora il risultato gli sembri ancora incompleto o contraddittorio [...], cerca di distinguere quanto è ricavabile con i mezzi interpretativi concessi dalle fonti stesse e quanto in tale operazione deriva invece dai suoi valori, dalle sue opinioni o dai suoi interessi»⁹⁸.

Scrivendo Piero Calamandrei che «L’interpretazione delle leggi lascia al giudice un certo margine di scelta» e che, entro tale spazio, «chi comanda non è la legge inesorabile, ma il mutevole cuore del giudice»⁹⁹. Orbene, è proprio su questo «mutevole cuore» che occorre, probabilmente, concentrare l’attenzione, nella prospettiva – si diceva – di astringerlo quanto più possibile al contenuto testuale della legge. Se, infatti, si accetta la disillusa idea che l’interpretazione dei testi normativi è – al di fuori dei casi «chiari», per dirla con Hart – una operazione in buona parte alchemica, alla quale possono concorrere “intuizioni” difficilmente razionalizzabili del tipo legale, è allora sull’instillazione nel giudice di una sorta di “pre-comprensione legalitaria” del diritto penale che si dovrebbe puntare, e già nella fase di formazione del magistra-

⁹⁶ Cfr. segnatamente F. PALAZZO, *Legalità vs creatività*, cit., p. 996 ss.

⁹⁷ V. in questi termini F. CARINGELLA, *L’interpretazione*, cit., p. 41.

⁹⁸ Così, M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, p. 120.

⁹⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (IV^a ed. 1959), Milano, rist. 2021, cap. XII (p. 214).

to¹⁰⁰. D'altronde, in un recente saggio di teoria analitica del diritto si è parlato della categoria concettuale della «applicabilità» della norma quale riassuntivo insieme dei criteri per mezzo dei quali, tra più norme tutte potenzialmente applicabili al caso concreto, il soggetto di riferimento (*id est*: il giudice) ne prediligerebbe una¹⁰¹. Ma il concreto funzionamento in termini di prevalenza di certi criteri su altri risulterebbe a sua volta condizionato, al di là delle precipue disposizioni legali eventualmente esistenti nel sistema, da un ulteriore insieme di «meta criteri», i quali, ordinati secondo una certa «gerarchia assiologica», attingerebbero a «convenzioni [...] interne alla cultura giuridica», da intendersi come «il complesso degli atteggiamenti, dei metodi interpretativi, delle operazioni concettuali generalmente utilizzati da un gruppo sufficientemente ampio di operatori giuridici, in un certo momento storico ed in un certo contesto culturale», che «derivano dalle ideologie giuridiche che ispirano gli operatori di un certo ordinamento»¹⁰².

È, quindi, sul piano della preventiva “sensibilizzazione culturale” del magistrato che occorrerebbe concentrare maggiormente l'attenzione, il che giocoforza impone di interrogarsi, specie per chi il diritto penale lo coltiva anche o soltanto nell'Accademia, su come quest'ultimo viene insegnato e sulla raggiunta consapevolezza che il modo della sua futura applicazione dipende pure dall'*imprinting* che gli studenti di oggi ricevono nelle aule universitarie. In tale prospettiva, la questione di fondo sulla quale occorrerebbe forse riflettere di più è se il compito didattico fondamentale del docente sia quello di “fotografare” l'esistente, così da subito addestrare professionalmente l'allievo all'entrata nel mondo del lavoro giuridico come esso lo attende¹⁰³, o se, invece, l'insegnamento abbia soprattutto una missione “propulsiva”

¹⁰⁰ Condivisibile, difatti, è quanto afferma L. SCOTTI, *La formazione*, cit., p. 97, secondo cui nel tirocinio del magistrato devono essere aggiunti «stimoli per la formazione di una personalità rispettosa dei doveri istituzionali e delle garanzie, tendenzialmente vaccinata all'arroganza del potere [...]».

¹⁰¹ Il riferimento concettuale è a G. PINO, *Teoria analitica del diritto. I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 123 ss.

¹⁰² V. ancora G. PINO, *op. ult. cit.*, spec. p. 152 ss.

¹⁰³ In questo senso parrebbe orientato chi ritiene che oggetto prevalente dello studio debba essere la giurisprudenza piuttosto che la dottrina: v. ad esempio R. CLARIZIA, *La lezione frontale*, in AA.VV., *Come insegnare il diritto. Metodi, modelli, valutazione*, a cura di V. Zeno-Zencovich, Torino, 2004, p. 11, che parla di «attenzione massima [...] alla giurisprudenza, più che alla dottrina», poiché la prima costituisce «l'effettivo specchio del diritto vivente, l'effettiva manifestazione di come sono avvertite le regole normative dalla collettività e dal giudice che è chiamato ad applicarle», ma anche F. VIGANÒ, *Riflessioni conclusive in tema di diritto penale giurisprudenziale, partecipazione e concorso esterno*, in AA.VV., *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio*, a cura di L. Picotti, P. Fornasari, F. Viganò, A. Melchionda, Padova, 2005, p. 304, secondo cui «lo studio del diritto giurisprudenziale [...] dovrebbe divenire l'oggetto *principale* dello studio scientifico del diritto penale: in pro-

di accreditamento degli specifici principî penalistici di garanzia – a partire da quello di legalità e colpevolezza – anzitutto nella loro portata teorica, e ciò nella prospettiva di una loro rivitalizzazione piuttosto che in quella di una disincantata quanto rassegnata presa d'atto della loro diffusa corruzione. Questo, naturalmente, non deve significare l'estromissione dello studio della giurisprudenza, quanto meno nel suo apporto esemplificativo di *Case-Law*¹⁰⁴, che può fornire una costruttiva occasione per trasmettere quella capacità critico-valutativa che consentirà all'operatore di domani di distinguere, alla luce appunto dei principî, le “buone” dalle “cattive” applicazioni del diritto presenti nella giurisprudenza¹⁰⁵. Casomai, ciò che forse non molto giova alla saldezza dei principî è l'improntare una larga parte dell'attività didattica al «*Case Method*», che pure rientra a buon titolo nelle pratiche della c.d. «didattica innovativa», della quale oggi molto si parla¹⁰⁶. Invero, l'impressione è che tale metodo, se per un verso può agevolare la comprensione dell'astratta *regula iuris* mediante la forza evocativa dell'esemplificazione pratica, dall'altro corre però il rischio, ove assunto – lo si ripete – a prassi didattica insistita, di accreditare l'equivoca idea metodologica che sia la “giustizia giusta” del singolo caso concreto, e non la legge, a dovere guidare il giudice. Al contrario, deve concordarsi con chi ribadisce che il compito formativo della Scuola di Giurisprudenza deve essere quello di «educare i futuri giudici, specie se [lo vorranno essere] in ambito penale, all'*esercizio responsabile della discrezionalità*», la quale deve però essere calata in una nozione di diritto positivo che, sebbene «miscela di vari elementi [...], non è fatto da qualsiasi significato attribuito agli enunciati delle fonti, bensì è fatto da quei significati che sono [...] determinabili per

spettiva *analitico-descrittiva* e, insieme *critica*. Tenendo però presente che la critica può essere realmente efficace solo se *preceduta* dalla conoscenza dello stato dell'arte: dall'analisi, cioè, di ciò che è allo stato il diritto penale, prima che dall'indicazione di come *dovrebbe essere*» (corsivi nel testo).

¹⁰⁴ Richiama l'attenzione sulla importanza di insegnare non solo il diritto positivo ma anche il «diritto vivente», quale ponte ideale tra teoria e prassi, G.L. GATTA, *Insegnare diritto penale oggi: cosa, perché e come*, in AA.VV., *Insegnare diritto penale oggi. Che cosa, perché, come*, a cura di F. Ruggieri, Pisa, 2019, p. 133.

¹⁰⁵ È allora da condividere la posizione di F. PALAZZO, *Tradizione e modernità nell'insegnamento del diritto penale: qualche considerazione introduttiva*, in AA.VV., *Insegnare diritto penale*, cit., pp. 129-130, ma anche 127, che richiama alla ricerca del «non facile equilibrio» tra «insegnamento teorico» ed «insegnamento pratico-casistico».

¹⁰⁶ Per una rassegna di tali innovativi metodi, visti anche nella loro genesi normativa e pedagogica, nonché negli obbiettivi di riforma dei “modelli del sapere”, v. O. ROSELLI, *Scritti*, cit., p. 111 ss., G. MANNOZZI, *La didattica del diritto penale*, in AA.VV., *Insegnare diritto penale*, cit., p. 140 ss., V. MARZOCCO-S. ZULLO-T. CASADEI, *La didattica del diritto tra tradizione e innovazione*, in V. MARZOCCO-S. ZULLO-T. CASADEI, *La didattica del diritto*, II^a ed., Pisa, 2021, p. 125 ss.

quegli enunciati delle fonti [in quanto] compatibili con le possibilità semantiche che gli enunciati delle fonti consentono»¹⁰⁷.

L'urgenza di un tale recupero metodologico è amplificata dal fatto che oggi la didattica universitaria ha sempre meno occasione di influire sulla formazione *post lauream* dei futuri operatori del diritto. Invero, da un canto è noto il declino che – pure a causa di una normativa che forse ha oltremodo favorito la “concorrenza” di altri enti od iniziative private – stanno vivendo le «Scuole per l'esercizio delle professioni legali» universitarie, le quali avrebbero dovuto provvedere ad una commendevole «formazione comune» dei giuristi – che di certo scoraggia i solipsismi giudiziari – proprio mediante «l'approfondimento teorico, integrato da esperienze pratiche»¹⁰⁸. Dall'altro, non si può ignorare che, al di là dell'attività formativa svolta dalla «Scuola superiore della Magistratura», che peraltro riconosce la partecipazione a più livelli dell'Accademia¹⁰⁹, è un fatto che i magistrati siano poi soggetti all'indottrinamento della Corte di Cassazione, che per mezzo delle così dette «sentenze-manuali» e dei “primi commenti” alle riforme legislative curati dall'Ufficio del Massimario «[sembra] dire: il libro di testo universitario vi serviva per laurearvi e superare il concorso in magistratura; ora studiate e applicate seriamente le seguenti regole»¹¹⁰. Al di là del merito delle pronunce del Supremo Consesso, è chiaro che, così procedendo, si crei nei fatti una sorta di “scuola giuridica autoreferenziale”, che «sgombra [...] l'illusione che la giurisprudenza sia disposta a condividere con altri il margine decisionale liberatosi dall'attenuazione del principio di legalità»¹¹¹: il che, a ben vedere, conferma anzitutto l'esigenza della persuasione culturale del giudice alla legalità-legislativa.

Per vero, la via indicata potrebbe apparire passatista ed ingenua. «Passatista», perché il richiamo alla fedeltà al testo di legge urta vistosamente con l'oggi prevalente *Weltanschauung* giuridica, che promuove la libertà ermeneutica dell'interprete, valorizzandone il compito di perseguire la “giustizia giusta” del caso concreto quale risultato di una ottimale mediazione tra i diversi interessi che, evidentemente, alla legge non è più riconosciuta la capacità di operare. Di talché, rinnovare limiti a questo modo di intendere l'applicazione del diritto non può che suonare *âgé*, se non ad-

¹⁰⁷ Cfr. V. VELLUZZI, *L'interpretazione giuridica, la didattica universitaria e il ruolo del giudice penale: osservazioni a margine*, in AA.VV., *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti, Roma, 2016, pp. 46-48 (corsivo nel testo).

¹⁰⁸ V. in questi termini l'art. 16, comma 2, del d. lgs. 17.11.1997, n. 398.

¹⁰⁹ Cfr., ad esempio, gli artt. 6, 20 e 24, in rapporto anche all'art. 5, comma 1, lett. *d*), del d. lgs. 30.1.2006, n. 26.

¹¹⁰ V. segnatamente D. MICHELETTI, *Jus contra Lex*, cit., p. 188.

¹¹¹ V. ancora D. MICHELETTI, *Jus contra Lex*, cit., p. 192.

dirittura reazionario. «Ingenua», perché, rispetto alla di certo più agevole ed immediata via dell'introduzione di una specifica *lex legum*, essa si incammina su di un sentiero – quello dell'influenza sull'identità culturale del giudice – accidentato, lungo da percorrere e dagli sbocchi incerti, se non solo chimericamente sperati. Ma dovrebbe risultare nondimeno chiaro che senza un favorevole retroterra culturale che l'accoglia, qualsiasi legge, ed ancor più quella di natura interpretativa, rischia di essere l'ennesimo manifesto buono poco più che a tacitare le coscienze legalitarie degli ingenui. Vale senz'altro la pena, quindi, percorrere anche la strada della persuasione culturale del giudice, prodromo alla sua "lealtà ermeneutica" nei confronti della legge, sebbene ardua. Non si deve infatti mai dimenticare che una praticata rarefazione linguistica del diritto scritto potrà anche appassionare glottologi e cultori della semiotica, e magari arricchire con indovinati neologismi qualche dizionario giuridico, ma nello *ius criminale* essa può segnare l'esenzione o la soggezione di un individuo alle plurime conseguenze afflittive – queste, sì, concrete – che la pena determina: e tutto ciò solo per quelle che, in apparenza, sono soltanto "parole".