



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PADOVA

# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI STORIA E FILOSOFIA DEL DIRITTO E DIRITTO  
CANONICO

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN “GIURISPRUDENZA”  
– XXIII CICLO –

**I LIMITI LEGALI DELL’INTERPRETAZIONE GIURIDICA:  
TRA GEOMETRIA E DIALETTICA**

**Direttore della Scuola:** Chiar.mo professor Roberto E. KOSTORIS

**Supervisore :** Chiar.mo professor Alberto BERARDI

**Dottorando:** Gianluca TRACUZZI

**I LIMITI LEGALI  
DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA:  
TRA GEOMETRIA E DIALETTICA**

*Alla mia famiglia*

## PRESENTAZIONE

*Questa ricerca si propone di approfondire – con specifico riferimento alla categoria dell’interpretazione giuridica – l’antinomia esistente tra la “geometria legale” e la “dialettica giuridica”.*

*Il lavoro prende le mosse proprio da una possibile diversità metodologica: da una parte l’indirizzo formalista, secondo cui l’oggettività di un testo giuridico può essere scoperta soltanto attraverso le tecniche stabilite dalla stessa legge; dall’altra quello realista secondo cui, invece, il significato di un testo normativo è generato (anche) dalla cultura e dai valori dell’interprete.*

*L’oramai costante problematizzazione di questa ancora attuale alternativa, ha finito per produrre benefici trasversali, tanto per il “sapere” quanto per il “saper fare”. Lumeggiando la validità e spendibilità di entrambe le prospettive, a patto di non renderle estreme e, di conseguenza, isolate.*

*La tesi si dipana in due parti: nella prima, attraverso una classificazione in ordine ai soggetti, ai mezzi e a i risultati dell’interpretazione, si è cercato di descrivere analiticamente l’oggetto della ricerca proponendo, nel contempo, riflessioni potenzialmente in grado di stimolare vecchi e nuovi dibattiti: vero scopo di queste pagine, che non nutrono la sciocca pretesa di creare un sistema, bensì ambiscono a concorrere ad una sua possibile, quanto necessaria, vivificazione.*

*Dopo aver delineato la nostra ideale figura di interprete, che non considera esclusivamente il diritto positivo, né innerva il suo argomentare attraverso un mero approccio sociologico o solo astrattamente morale, nella parte seconda – con tre riflessioni a margine – si è cercato di approfondire in maniera più concreta, specialmente attraverso l’utilizzo di*

*alcune pronunce giurisprudenziali, quanto in precedenza mostrato: descrivendo le conseguenze del formalismo giuridico; criticando l'utilizzo incontrollato del parametro della cosiddetta ragionevolezza; e, infine, analizzando il concetto stesso di diritto, che ci è sembrato possibile meglio cogliere attraverso la descrizione della sua patologia.*

# INDICE-SOMMARIO

## PARTE PRIMA

### L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE (SOGGETTI, MEZZI E RISULTATI)

0. Premessa: oggetto e limiti di questa ricerca.....	p. 8
1. I soggetti dell'interpretazione: dal mero "dover essere" al "dovere di essere".....	p. 20
1.1. L'interpretazione autentica: la discrezionalità «minima» è, invece, «massima» nei fatti....	p. 24
1.2. L'interpretazione giudiziale: l'odierna (ed eccessiva) confusione fra <i>ius condendum</i> e <i>ius conditum</i> .....	p. 35
1.3. L'interpretazione dottrinale e la sua (a volte dubbia) credibilità.....	p. 44
1.4. L'interpretazione ufficiale e il suo ristretto ambito.....	p. 47
1.5. L'interprete (impersonale per legge).....	p. 48
2. I mezzi dell'interpretazione: anatomia dell'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.....	p. 49
2.1. Primo criterio: l'interpretazione letterale («...il significato proprio delle parole...»)	p. 51
2.2. Secondo criterio: l'interpretazione sistematica («...secondo la connessione di esse...»)	p. 62
2.3. Terzo criterio: l'interpretazione storico-evolutiva («...e dalla intenzione del legislatore...»)	p. 67
2.4.1. Quarto criterio: l' <i>analogia legis</i> («...casi simili e materie analoghe») come espressione dell'eguaglianza di trattamento. Suoi trasversali utilizzi.....	p. 72
2.4.2. L' <i>analogia</i> nella <i>Common law</i> : il giudice-sovrano.....	p. 78
2.4.3. Brevi cenni storici sull' <i>analogia</i> .....	p. 81
2.4.4. La legge del taglione: una prima (e primitiva) formulazione di <i>analogia</i> giuridica?.....	p. 84
2.4.5. <i>Analogia</i> e interpretazione estensiva.....	p. 87
2.4.6. I limiti impliciti dell' <i>analogia</i> giuridica.....	p. 91
2.4.7. I limiti espliciti dell' <i>analogia</i> giuridica: a) le leggi penali; b) le leggi eccezionali.....	p. 94
2.5. Quinto criterio: l' <i>analogia juris</i> (i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato). Come il generale e astratto svela lo spirito.....	p. 103
3.1. I risultati dell'interpretazione: geometria legale <i>versus</i> dialettica giuridica.....	p. 108

## PARTE SECONDA

### “GEOMETRIA LEGALE” *VERSUS* “DIALETTICA GIURIDICA”

(TRE RIFLESSIONI A MARGINE )

1. Prima riflessione: il “ragionevole” come criterio di giustizia.....	p. 121
1.1. Premessa.....	p. 122
1.2. Un <i>iter</i> difficile.....	p. 123
1.3. La prima interpretazione.....	p. 125
1.4. La seconda interpretazione.....	p. 126
1.5. Dubbi di legittimità costituzionale.....	p. 127
1.6. Il canone della cosiddetta ragionevolezza.....	p. 128
1.7. La pronuncia delle Sezioni Unite.....	p. 130
2. Seconda riflessione: «...bisogna riguardare la cosa come fatta» (suggerimenti nottetempo sul formalismo giuridico).....	p. 133
2.1. Il fatto.....	p. 133
2.2. Il formalismo giuridico.....	p. 134
2.3. Prospettive.....	p. 138
3 Terza riflessione: Il delitto in Adriano Tilgher. Tra utilitarismo e moralismo.....	p. 142
3.1. Posizione del tema.....	p. 142
3.2. La definizione giuridica.....	p. 144
3.3. La definizione utilitaria.....	p. 148
3.4. La definizione morale.....	p. 150
3.5. La definizione eclettica.....	p. 152
3.6. La soluzione proposta dal Tilgher: delitto come «repugnanza».....	p. 153
3.7. Conclusioni.....	p. 155
<i>Bibliografia</i> .....	p. 160
<i>Giurisprudenza citata</i> .....	p. 171

# PARTE PRIMA

## L'INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE

(SOGGETTI, MEZZI E RISULTATI)

SOMMARIO: 0. Premessa: oggetto e limiti di questa ricerca; 1. I soggetti dell'interpretazione: dal mero "dover essere" al "dovere di essere"; 1.1. L'interpretazione autentica: la discrezionalità «minima» è, invece, «massima» nei fatti; 1.2. L'interpretazione giudiziale: l'odierna (ed eccessiva) confusione fra *ius condendum* e *ius conditum*; 1.3. L'interpretazione dottrinale e la sua (a volte dubbia) credibilità; 1.4. L'interpretazione ufficiale e il suo ristretto ambito; 1.5. L'interprete (impersonale per legge); 2. I mezzi dell'interpretazione: anatomia dell'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale; 2.1. Primo criterio: l'interpretazione letterale («...il significato proprio delle parole...»); 2.2. Secondo criterio: l'interpretazione sistematica («...secondo la connessione di esse...»); 2.3. Terzo criterio: l'interpretazione storico-evolutiva («...e dalla intenzione del legislatore...»); 2.4.1. Quarto criterio: l'analogia legis («...casi simili e materie analoghe») come espressione dell'eguaglianza di trattamento. Suoi trasversali utilizzi; 2.4.2. L'analogia nella Common law: il giudice-sovrano; 2.4.3. Brevi cenni storici sull'analogia; 2.4.4. La legge del taglione: una prima (e primitiva) formulazione di analogia giuridica?; 2.4.5. Analogia e interpretazione estensiva; 2.4.6. I limiti impliciti dell'analogia giuridica; 2.4.7. I limiti espliciti dell'analogia giuridica: a) le leggi penali; b) le leggi eccezionali; 2.5. Quinto criterio: l'analogia juris (...i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato). Come il generale e astratto svela lo spirito. 3.1. I risultati dell'interpretazione: geometria legale versus dialettica giuridica.

### 0. Premessa: oggetto e limiti di questa ricerca.

Interpretare una "legge"<sup>1</sup> – al di là della polivalenza semantica e delle interconnesse, quanto determinanti, sfumature concettuali<sup>2</sup> e, ancor prima, di metodo<sup>3</sup> in ordine al termine "interpretazione"<sup>4</sup> – vuol dire *aspirare* ad una precisazione del suo significato<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> «Il termine "legge", dunque, nelle sue accezioni giuridicamente rilevanti, indica: a) la *regola o norma*; b) il momento (o il fatto o l'atto) creativo, la *fonte della norma*, e quindi: b1) la legge formale, come atto normativo proveniente dai titolari, rappresentativi della comunità statale o locale (legge ordinaria, legge regionale), della funzione normativa primaria e, nel nostro ordinamento, anche gli atti normativi ad essa equiparati (decreti-legge, decreti legislativi, *etc.*); b2) gli altri (fatti ed) atti normogeni, come tali qualificati o considerati da norme sulla normazione dell'ordinamento (cd legge in senso materiale: regolamenti, statuti, usi, *etc.*).» Così, meglio di tutti, precisa Modugno, il quale dimostra, altresì, la «pluralità» e «complessità» del fenomeno. Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 259 e pp. 1-28.

<sup>2</sup> «La determinazione del concetto giuridico si presenta come uno dei punti più rilevanti del diritto, perché è attraverso l'indeterminatezza di essi che le regole giuridiche vengono distorte ed in molti casi addirittura pervertite, con una forma di tirannia velata». Così V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Milano 2010, p. 13.

<sup>3</sup> «Il metodo è molto di più di uno strumento formale per rispondere alle nostre domande sulla verità; il metodo dice già di una verità che normalmente collochiamo alla fine della nostra indagine. È forma e contenuto. Il metodo dice subito della verità, un po' come il recipiente



Si tratta di una necessità e di un atto di coraggio insieme. *Necessità*, poiché *solo* questa operazione esprime il funzionamento concreto delle istituzioni<sup>6</sup>, per la

---

permette di derivare in anticipo la consistenza, il peso, la natura di ciò che va a contenere. Con il metodo si è già trovato ciò che si sta cercando». Così A. INCAMPO, *Quid est veritas? Filosofia del diritto e Rivelazione in Sergio Cotta*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7), Milano 2010, p. 452. Il metodo ha anche la forza di *unificare* i diversi oggetti di una ricerca. Lo dimostra F. MODUGNO, *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Torino 2008, pp. 3-5.

<sup>4</sup> Si rinvia alle distinzioni proposte dal Giannini (secondo il quale tale diversità di vedute esprime «il progressivo affinamento della scienza giuridica». Cfr. M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano 1939, p. 4 e ss.) e, in particolare, a quella tra “interpretazione” e “applicazione”. Cfr., sul punto, le lucide (e maggiormente condivisibili) precisazioni proposte da E. PARESCHE, sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1972, vol. XXII, pp. 214-215, nonché quanto osserva V. VILLA, *L'interpretazione giuridica fra teorie del significato e teorie della verità*, in M. MANZINI e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano 2006, p. 116. La comprensione di questa sfumatura, in realtà, sempre meno appassionata, poiché l'interpretazione, a ben vedere, è «...contenuta in ogni atto di *applicazione* della legge. Non è dunque possibile la seconda senza la prima». Così osserva G. PALOMBELLA, *Filosofia del diritto*, Padova 1996, p. 275. Invero «...la conoscenza giuridica non è prospettabile mai separata dal fine pratico dell'applicazione e non si considera completa se distinta dall'impatto con il caso concreto, con il fatto storico da regolamentare». Così T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano 1959, p. 90. Secondo Barberis solo l'applicazione può attribuire significato ad una regola giuridica. Cfr. M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino 1990, pp. 246-247. Per le differenze sull'argomento tra Hart e Kelsen, si veda F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in “*Diritto privato*”, 2001-2002-VII-VIII-L'interpretazione e il giurista, p. 50 e ss. . Per cogliere quattro diversi profili di ambiguità del vocabolo “interpretazione”, cfr. R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2010, pp. 13-19.

<sup>5</sup> Tuttavia «l'interpretazione non esclude la sua specificazione in *tanti diversi tipi di interpretazioni* e non si risolve nella sola *ascrizione di significato* agli atti-testi giuridici, che pur ne rappresenta il *proprium* e il mezzo principale per l'interpretazione in genere delle manifestazioni dell'esperienza giuridica e, in particolare, del diritto oggettivo (vigente)». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 13. Cfr. anche quanto osserva M. TROPER, in *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano 2003, pp. 87-89. Per altre e (rispetto alla nostra) più profonde definizioni di “interpretazione”, si veda R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 2003, p. 10 e ss., nonché V. PETEV, *Ermeneutica filosofica e interpretazione giuridica*, in M. LA TORRE e A. SCERBO (a cura di) *Diritti, procedure, virtù. Seminari catanzaresi di filosofia del diritto*, Torino 2005, pp. 175-178 . Tra le tante possibili, la definizione – ai nostri occhi – più convincente ci è sembrata essere quella proposta da Barcellona, secondo cui: «Il problema dell'interpretazione è così definibile come la questione dei *procedimenti* attraverso cui l'interprete colma quel *vuoto* (apparente o reale?) fra diritto e realtà». Così P. BARCELLONA, *Diritto senza storia. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari 2003, p. 162. Importante appare, poi, anche il legame tra interpretazione e argomentazione notato da G. CARCATERA, *L'argomentazione nell'interpretazione giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei* 135, Roma 1998, pp. 139-157. E che congiunge il suo pensiero a quello di Ricoeur. Così osserva D. CANANZI, *Interpretazione alterità giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Torino 2008, p. 154 (nella nota 74).

<sup>6</sup> «Ovvero al modo in cui nei vari sistemi il diritto funziona in pratica: all'operato dei funzionari, dei giudici, allo stile e al modo di ragionare dei pratici forensi, alle responsabilità politiche, oltre che istituzionali, cui sono sottoposti gli interpreti concreti della norma, ai modi di implementazione della norma adottati non solo dalle Corti Supreme, ma anche dagli apparati minimi della pubblica amministrazione: uffici dello stato civile, commissioni tributarie, uffici di

conseguente e indispensabile attribuzione di senso a testi, documenti e atti giuridici<sup>7</sup>. *Coraggio*, poiché più che attribuzione di un qualcosa di già esistente, l'interpretazione attiene quasi sempre ad una *scoperta*<sup>8</sup>, non necessariamente eclatante, che l'interprete intende fare propria<sup>9</sup>.

Anche il pavido presto si pente, convertendosi all'*emozionante stupore* di questa attività. All'irresistibile «sapore di nuovo»<sup>10</sup>: contrario, nei fatti, all'idea dell'inutile.

Insomma alla bonaccia meglio la tempesta, perché «...per chi intraprende cose belle, è bello anche soffrire, qualsiasi cosa gli tocchi»<sup>11</sup>.

Non solo allora preoccupazione per le possibili conseguenze<sup>12</sup>. Su tutto, piuttosto, pare posizionarsi la *curiosità*<sup>13</sup> – è questo, per noi, il sinonimo più opportuno –

---

polizia, ecc.». Così P.G. MONATERI, sub voce *Interpretazione del diritto*, in Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., vol. X, Torino 1993, p. 32.

<sup>7</sup> L'interpretazione «...è necessaria perché un testo linguistico privo di senso non è che un insieme di segni ai quali non corrisponde alcun oggetto, di segni che non sono simboli del proprio oggetto». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 2. Ed è una «necessità permanente». Invero «i principii, per quanto si suppongano ben formulati, resteranno sempre astrazioni. Quando si tratta di dare vita a ciò che è astratto le difficoltà sorgono in folla. Spetta alla scienza dell'interprete il risolverle». Così F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 257. In tal senso anche V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino 1961, pp. 284-285.

<sup>8</sup> O, comunque, ad una *scelta*. Del resto anche l'interprete che decide di rimanere fedele alla lettera di un enunciato normativo compie, a ben vedere, una scelta: quella di essere conformista. Cfr. P. CHIASSONI, *Codici interpretativi. Progetto per un Vademecum giuridico*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino 2004, p. 114.

<sup>9</sup> Sull'interpretazione come attività spirituale, E. BETTI, *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività*, in "Riv. int. fil. dir.", 1950, p. 1 e ss. . Perché l'interpretazione è «espressione autentica della libertà di pensiero». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 3. Nel senso che l'interprete deve essere «inteso quale conoscitore non soltanto delle disposizioni normative, ma anche del sentire comune, dei problemi, delle preoccupazioni e dei cambiamenti sociali. L'interprete è subordinato al testo di legge, ma ne deve saper ricercare la coerenza logica ed assiologia». Così precisa P. PERLINGIERI, *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in G. GIACOBBE e L. FAVA GUZZETTA (a cura di), *Ermeneutica giuridica ed ermeneutica letteraria: Emilio e Ugo Betti*, Torino 2006, p. 114. Sia, però, subito chiaro che alla discrezionalità non è possibile equiparare l'arbitrio, perché «...l'interpretazione giuridica è sempre attività di scelta, di decisione, ma si tratta di una scelta, di una decisione tra più soluzioni alternative delimitate». Cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in P. NERHOT (a cura di), *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, Napoli 2009, p. 144.

<sup>10</sup> Sul punto cfr. A. MORO, *Lo Stato. Il diritto*, Bari 2006, p. 321. Per cogliere la differenza tra la concezione «sillogistica» e «creativa» (di cui diremo più oltre) dell'interpretazione, si veda anzitutto S. CASTIGNONE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 37-40.

<sup>11</sup> PLATONE, *Fedro*, 274 A-B, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, p. 579. Scrive Carnelutti: «L'anima si rigenera nel dolore. Quanto più duole tanto più l'anima si affina». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 70.

che appartiene e caratterizza l'amore (*filia*) per il sapere (*sophia*)<sup>14</sup> e, quindi, l'intima natura di *ogni* coscienza<sup>15</sup>.

Quest'ultimo profilo svela – anche se non sempre giustifica razionalmente – l'originalità estrema di alcune posizioni (della dottrina, in particolare) e, nel

---

<sup>12</sup> Osserva Monasteri: «Gli interpreti si comportano in un certo modo piuttosto che in un altro a seconda del tipo di *conseguenze* che le loro “decisioni interpretative” possono avere: responsabilità politica, disciplinare, possibilità di venire incriminati per omissione di atti d'ufficio, vittoria o sconfitta in un pubblico concorso, responsabilità professionale, e così via» (corsivo redazionale). Cfr. P.G. MONASTERI, sub voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. X, Torino 1993, p. 33. Sottolinea, invece, il carattere personale, soggettivo e creativo dell'interpretazione (meno condivisibili, tuttavia, le osservazioni che seguono sulla presunta affinità di metodo tra “scienze naturali” e “scienze sociali”), G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, pp. 1-2.

<sup>13</sup> Scrive Nietzsche: «Un filosofo: un uomo, cioè, che costantemente vive, vede, ascolta, sospetta, spera, sogna cose fuori dell'ordinario; che viene colto dai suoi stessi pensieri quasi dal di fuori, dall'alto e dal basso, come da quel genere di avvenimenti e di fulmini che è “suo proprio”; e forse è egli stesso una procella che si avvanza gravida di nuovi fulmini; un uomo fatale, intorno al quale c'è sempre un brontolio e un rovinio, qualcosa che si cretta e sinistramente accade. Un filosofo: ahimè, un essere che spesso sfugge a se stesso, spesso ha timore di sé - tuttavia è troppo *curioso* per non “tornare” sempre di nuovo “a sé”» (corsivo redazionale). Così F. NIETZSCHE, *Al di là del bene e del male*, Milano 1977, § 292. «La curiosità, però, non è un difetto? Certo non si può negare un sapore pessimistico, secondo l'uso corrente, a questa parola. Eppure il suo significato originale è pregevole; curiosità viene da *cur*, che in latino vuol dire *perché*. Noi diciamo che un bambino è intelligente quando non si stanca di domandare: *perché*? Non è una bella cosa la voglia di sapere?». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 13.

<sup>14</sup> Dal mito platonico della nascita di Amore (*Symp.* 203) è possibile comprendere l'esigenza iniziale ed essenziale della filosofia: il «domandare tutto», che è proprio soltanto di chi si trova «a metà strada» tra la sapienza e l'ignoranza. Di chi sa *di sapere* ma, anche e soprattutto, *di non sapere*. Di chi è, proprio per questo, più *curioso*. Di chi ha meno paura di sbagliare. Anche se, in quanto uomo, probabilmente si sbaglierà. Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 150 e ss. . Scrive Carnelutti: «Il pastore so come fa: ama le capre; non lo sa ma le ama. Ama quello che non sa. È dunque un filosofo? Certo, secondo la parola, filosofo è uno che ama. Cosa? Il sapere. Ma quello che già possiede o quello che ancora non possiede? Se già lo possedesse, sarebbe uno scienziato (...). Amor del sapere è voglia d'imparare e s'impara ciò che non si sa onde l'attrazione è del non saputo, non del saputo; così è affinché il non saputo possa essere saputo, a cominciar dalla donna, che si conosce perché si ama; non si ama perché si conosce. Il miracolo dello spirito è questo che dall'amore, attrazione del non saputo (e il non saputo non è che l'ordine dell'universo), si genera il sapere come dal seme il frutto; ma poi dal sapere procede un nuovo e più grande amore, che è voglia di sapere ancora, come il frutto diventa seme; e questa perfezione non si può esprimere se non nel circolo, il quale si lascia percorrere nell'uno o nell'altro verso: una donna, così, anzi la donna si conosce perché si ama e si ama perché si conosce e meglio si conosce quanto più s'ama e più s'ama quanto meglio si conosce. Perciò, perché ama quello che non sa, se proprio un pastore non è un filosofo, un filosofo dovrebbe essere un pastore; e uno scienziato non è scienziato se la sua scienza non è doppiata di filosofia e così se da quello che sa non nasce per lui una inestinguibile voglia di sapere». Così F. CARNELUTTI, *La storia e la fiaba*, Roma 1945, pp. 98 e 99.

<sup>15</sup> Scrive, infatti, Opocher: «In maggiore o minore misura *tutti sono filosofi in quanto uomini*, perché quello del filosofare non è che un aspetto della singolare condizione dell'esistenza umana e i cosiddetti filosofi, nel senso tecnico della parola, non sono che uomini particolarmente sensibili a questa insopprimibile istanza della vita». Cfr. E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993, p. 4 (corsivo redazionale).

medesimo tempo, il rifiuto – che oramai possiamo considerare largamente condiviso – del dogma di un sistema chiuso e statico<sup>16</sup>. Che, spacciando il semplice “vivere” per il più profondo “esistere”<sup>17</sup>, proprio dal tempo credeva di potersi svincolare<sup>18</sup>. Illudendosi così eterno. Senza capire, invece, che non solo di scontri, ma soprattutto di *scambi*, è fatta la storia degli opposti approcci<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> Secondo l'Ascoli «...il diritto, nel suo sforzo di prevedere l'imprevedibile, è un sistema di lacune; e sarebbe un caso veramente eccezionale se un solo fatto potesse essere, in tutte le sue particolarità previsto da una norma; ma questo non può avvenire, perché il diritto, che segue o precede la vita, non può mai vincerla e quindi esso è un sistema di lacune in cui non è pensabile si possa trovare una norma che interamente si applichi ad un fatto». Cfr. M. ASCOLI, *La interpretazione della legge*, Roma 1928, p. 39. Sull'argomento si veda, altresì, il pensiero di Ascarelli, in F. CASA, *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli 1999, p. 50 e ss. . Stando così le cose le lacune «stanno al diritto tanto quanto i buchi alla gruyère. Sono le possibilità preziose del suo continuo sviluppo». Così M. MANZIN, *L'ordine infranto*, in “*Rassegna degli Avvocati italiani*”, n° 2, 2009, p. 49 (articolo già pubblicato in “*Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*”, n° 1, 2009, pp. 31-41). Decisivo è stato l'intervento di Natalino Irti, secondo cui «il diritto non può ormai appoggiarsi ad alcun principio immutabile, ad alcuna verità capace di riempirlo e di orientarlo. La ‘morte di Dio’ esprime questa condizione, questa assenza di presupposti e di vincoli». Così N. IRTI, *In dialogo su Nichilismo giuridico*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, n° 2, 2006, p. 169. Va, tuttavia, ricordata la posizione di Santi Romano, secondo cui l'interpretazione deve essere considerata «una semplice cognizione del diritto vigente». Cfr. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, pp. 119-122. E ciò si mostra come irrealistico: «...la coscienza normativa, una qualsiasi coscienza normativa (di un individuo o di una collettività) guarda, non verso il passato ma verso il futuro, non alle azioni già compiute ma alle azioni da compiere. La dimensione del futuro rimane estranea e avversa alla teoria romaniana, perché l'effettività si presenta al giurista come il già accaduto, e l'istituzione come unità ferma e conclusa. La dottrina istituzionalistica, che pur esibisce titoli di adesione ai corpi sociali e alla pluralità dei gruppi umani, ha un fondo statico e immobile, registra il passato, non preannuncia forme e modi di vita futura. La sua indole è essenzialmente retrospettiva». Così N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli 2009, pp. 15-16. Sull'ideale della completezza, scrive Bobbio: «...l'ideale della completezza, anche ammesso che sia raggiungibile, non è un ideale degno di essere perseguito, perché esso garantisce, sì, la certezza del diritto, ma la certezza non è sempre un bene, o per lo meno non è sempre un bene superiore ad altri beni, come quello della giustizia delle decisioni, che spesso l'attaccamento alla certezza ritarda ed ostacola». Cfr. N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, p. 93. Bobbio andrà a definire Romano «teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista». Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 156. Per esaminare il legame tra lacune e interpretazione, si veda quanto osserva R. GUASTINI, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino 2006, p. 31 e ss. . Per una pregevole panoramica del problema, cfr. R. D'ALESSIO, *Completezza, chiusura e integrazione dell'ordinamento*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino 2000, p. 273 e ss. . Per una critica della concezione volontaristica del diritto, si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 167.

<sup>17</sup> «La questione del tempo (...) è avvertibile solo dall'uomo che non si limita a “vivere” nel mondo secondo l'ordine delle esperienze che accadono (come gli enti non umani), ma “esiste” il mondo e nel mondo essendo-nel-tempo, strettamente connesso alla messa in linguaggio di questo esistere». Così D.M. CANANZI, *Interpretazione alterità giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Torino 2008, p. 118.

<sup>18</sup> Come indissolubile si mostra, invece, il legame tra diritto e tempo: «...sottraendo al diritto il tempo lo riduciamo a mera statuizione, arbitraria e capricciosa, di chi detenga il potere, di chi

A vero dire ognuno di noi, in quanto *necessariamente pensante*, sente di dover dare il *proprio* contributo. *Vuole* darlo. Anche solo “*per sé*”. Anche se *non* richiesto. Sarà perché l’ermeneutica insegna che ogni cosa (e, quindi, anche il diritto) non può esistere “*in sé*”, ma solo “*per noi*”<sup>20</sup>. O forse perché, se così non fosse, si metterebbe in pericolo non tanto la cosa, quanto la sua stessa *idea*. Qualunque essa sia.

In questi nostri giorni, però, sembra farsi strada un mondo diverso: di eguali, di omologazione, di negazione delle differenze. Un mondo, a ben vedere, di nulla. A cui, peraltro, si pretende anche di “appendere” dei diritti: una follia! E invece sono proprio (e solo) le differenze a rappresentare la nostra fortuna<sup>21</sup>: la verità<sup>22</sup>, così

---

comandi *hic et nunc*; sottraendo al tempo il diritto lo riduciamo a mera sequenza di eventi, vuota di significati». Così F. D’AGOSTINO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino 2006, p. 176. Si veda, altresì, il pensiero sul punto di E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993, pp. 303-306, nonché quanto osserva Carnelutti, secondo cui «la legge è fuori dal tempo; il fatto è dentro del tempo». Cfr. F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 49. E ancora, dello stesso Autore, *La storia e la fiaba*, Roma 1945, pp. 103-105. Per cogliere il problema della temporalità in Betti, cfr. F. PETRILLO, *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Torino 2005, pp. 4-9. Per una più completa bibliografia sull’argomento si rimanda al recente saggio di Saraceni, secondo cui: «...così come il diritto ha lo scopo di regolamentare la vita dei consociati, il tempo serve a far sì che gli uomini possano ignorare la propria “possibilità più propria” (in senso *heideggeriano*: la morte) e vivere in società, coordinando le proprie azioni, entrando in relazione in modo corretto e ordinato». Pertanto «tempo e diritto nascono per mano dell’uomo ed hanno il fine di rendere ordinata la società; di conseguenza, possono essere accomunati sotto il profilo della genesi e sotto il profilo teleologico». Così, lucidamente, G. SARACENI, *Controtempo. Diritto e durata*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7), Milano 2010, pp. 760-761. Anche per Romano «l’analisi della temporalità del singolo rivela come il diritto sia un esistenziale originario dell’uomo. Tuttavia l’uomo è in divenire, quindi sperimenta questo esistenziale nella sua storicità. La storia appartiene all’esistenza e perciò non può darsi nessun sistema giuridico atemporale». Cfr. B. ROMANO, *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Milano 1973, p. 295.

<sup>19</sup> Si veda il confronto comparativo tra metodologie interpretative *chiuse* e *aperte* (e la loro possibile penetrazione) proposto da E. PARESCHE, sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in Enciclopedia del Diritto, Milano 1972, vol. XXII, pp. 215-220.

<sup>20</sup> «Il diritto non è valore in sé, ma assume i valori sociali presenti nella comunità e li formalizza, dando loro forza di prescrizione normativa». Così S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, in “*Iustitia*”, n° 3, 1977, p. 278.

<sup>21</sup> «Se i suoni, se i colori non fossero diversi uno dall’altro, non avremmo né la musica né la pittura. Un paesaggio come un volto umano risulta da una combinazione di elementi diversi. Uno dei procedimenti fondamentali del pensiero, che è l’analisi, tende a scoprire sempre più la diversità degli uomini e delle cose. Il problema della conoscenza è sempre più un problema di distinzione. L’ignorante non è colui che confonde uno con l’altro oggetti diversi?». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 18.

<sup>22</sup> Che non può essere soltanto quella data dall’«accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato», come invece sembrerebbe imporre l’articolo 2909 del vigente Codice civile.

come la giustizia<sup>23</sup>, non sono determinabili *a priori*. Né tantomeno potranno essere il prodotto di una *singularità* assoluta<sup>24</sup>.

Alla necessità *di funzionamento* si sovrappone, quindi, una *diversa* necessità, tutta umana, *di sentirsi parte*, più o meno essenziale, di un qualcosa. Che si chiama, nel nostro caso, diritto. Ma che significa, puramente e semplicemente, costruire – attraverso un percorso difficile, che tanto sa di «*peregrinatio*»<sup>25</sup> – umana esperienza<sup>26</sup>.

Necessità e coraggio non possono fare a meno l'una dell'altro: un sistema, da solo, è *solo* un sistema, una vuota entità. Ha, cioè, bisogno dell'ingegno

---

<sup>23</sup> Che è una dote innata *in ognuno di noi*. Sul punto si rinvia al mito narrato da Protagora sulla generazione del mondo, dove si legge: «Allora Ermes domandò a Zeus in quale modo dovesse dare agli uomini la giustizia e il rispetto: “Devo distribuire questi come sono state distribuite le arti? Le arti furono distribuite in questo modo: uno solo che possiede l'arte medica basta per molti che non la posseggono, e così è anche per gli altri che posseggono un'arte. Ebbene, anche la giustizia e il rispetto debbo distribuirli a tutti quanti?”. E Zeus rispose: “ A tutti quanti. Che tutti quanti ne partecipino, perché non potrebbero sorgere Città, se solamente pochi uomini ne partecipassero, così come avviene per le altre parti. Anzi, poni come legge in mio nome che chi non sa partecipare del rispetto e della giustizia venga ucciso come un male della Città». Così PLATONE, *Protagora*, 322 C-322 D, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, p. 820.

<sup>24</sup> A nostro parere occorre allora privilegiare «...ancora la via “regia” di Platone e della prospettiva classica: trovare e soppesare le diverse posizioni che si confrontano nel dibattito pubblico e nella controversia giuridica (ed è già un unire, un non cedere al conflitto); mostrare cosa in esse si consumi nella finitezza (perché sostenuto da ragioni soltanto apparenti) e cosa, invece, continui oltre la circostanza (perché innegabile); a tutte dare dignità, poiché nulla è estraneo all'intero, ma di nessuna presumere la verità senza controllo; infine, trovata una posizione che nell'ordine della finitezza risulti innegabile, custodirla come un criterio d'utilità sapendone sino in fondo il carattere provvisorio e sempre, in mutate circostanze, discutibile. Affinché non abbia a succedere che essa diventi *il* criterio, presumendo un possesso per chiunque impossibile al cospetto della libertà assoluta che non *ha*, ma *è*; affrancata dunque da qualsiasi utilità». M. MANZIN, *L'universale nel particolare. Politica, giustizia e provvidenza ne Il cavallo rosso di Eugenio Corti*, Relazione tenuta al XXVII Congresso della Società italiana di filosofia del diritto, Catanzaro 17 settembre 2010, inedita (tuttavia a breve disponibile sul sito <http://www.dirittoepolitica.it>). In altri termini: «La fusione del dato assiologico e dell'attualità dell'interprete, infatti, danno luogo alla mediazione tra la necessità di un sistema stabile e l'elaborazione di nuovi “orizzonti di attese collettive” cosicché il dato assiologico viene a mutare di portata con il mutare del consenso sociale». Così M.M. FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 139.

<sup>25</sup> Così A. PUNZI, *Dialettica della ragione giuridica*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7), Milano 2010, p. 747.

<sup>26</sup> Alla filosofia, quindi, spetta il compito di *spiegare* la vita. In tal senso G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, in F. MERCADANTE (a cura di), *La vita etica*, Milano 2008, p. 249.

dell'uomo per *vivere davvero*<sup>27</sup>. Per tentare, in un certo senso, di *assomigliargli*: per nascere, lottare per capirsi e, un giorno, esaurire la propria funzione<sup>28</sup>.

Detto altrimenti: l'uomo ha bisogno di riflettere, e in maniera costante, sulle sue creazioni. Questo per meglio comprendere la sua stessa esistenza. E allora attraverso l'interpretazione delle leggi, l'uomo finisce per scoprire *anche* se stesso<sup>29</sup>.

Così come le istituzioni giuridiche, essendo all'uomo accidentali<sup>30</sup>, necessitano di questo suo *fluire*<sup>31</sup>.

Stando così le cose, interpretare si mostra come un'operazione tutt'altro che facile<sup>32</sup>. Specialmente perché ciò sembra avere a che fare – la cosa ci pare innegabile – con l'Essere e le sue complicità. Che sono poi le nostre fisiologiche insicurezze. E che svelano, ancor prima di quelli riferiti all'oggetto che si intende indagare, i *nostri* limiti<sup>33</sup>: noi interpretiamo e, quindi,

---

<sup>27</sup> Occorre cioè «...rifarsi alla vita, ricercare nella vita il criterio immanente di razionalità dell'azione nuova (...)». Così precisa A. MORO, *Lo Stato. Il diritto*, Bari 2006, p. 320.

<sup>28</sup> Il che non significa necessariamente scomparire *per sempre*, ma solo lasciare spazio a chi ricorderà ciò che *doveva* essere ricordato; riprendendo e ampliando con ciò che mancava. Così fa ogni buon figlio dell'insegnamento del padre: *diversamente* rivede e, poi, tramanda. È questa la forza dell'umanità. Per cogliere il concetto dell' «Eterno Ritorno» e le profonde differenze tra le diverse civiltà, si veda A. TILGHER, *La visione greca della vita*, Roma 1922, pp. 11-51. Sull'immortalità dell'anima, cfr. F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, pp. 61-65.

<sup>29</sup> Come precisa Punzi: «Oggetto, soggetto, senso: intorno a questi tre concetti si gioca il destino della fenomenologia». Ed ancora: «Solo una fenomenologia del senso, dunque, sembra capace di aprire lo sguardo sul soggetto attraverso un'analisi delle manifestazioni dell'oggetto e, al contempo, di discernere l'essere proprio dell'istituto interrogando l'attività umana dell'istituire: e ciò nel convincimento che al di sotto della pluralità fenomenica degli accadimenti, la ragione possa rintracciare l'unità di un senso che renda intelligibile l'esperienza». Così, lucidamente, A. PUNZI, *L'essenza e il senso. Bobbio, Cotta e la fenomenologia del diritto*, in A. PUNZI (a cura di), *Metodo linguaggio scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*. Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (6), Milano 2007, p. 373.

<sup>30</sup> Per cogliere la differenza aristotelica tra sostanza e ciò che le è accidentale, cfr. G. PASQUALE, *Il principio di non-contraddizione in Aristotele*, Torino 2008, p. 25.

<sup>31</sup> Per comprendere il concetto di «fluidità» dell'umana esperienza, si rinvia alle osservazioni di M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli 1987, pp. 61-78.

<sup>32</sup> Le difficili problematiche che ruotano intorno all'interpretazione di un testo giuridico, del resto, presentano un'origine antica. Già Cicerone (cfr. *Topica* e, soprattutto, *De invenzione*) le notò, definendole «*quasi status*», ovvero “dispute intorno alla legge”. Per un esame dei brani più significativi, si veda S. SAGNOTTI, *Retorica e logica. Aristotele, Cicerone, Quintiliano, Vico*, Torino 1999, pp. 125-141.

<sup>33</sup> «La scienza, quanto più progredisce, tanto più riconosce i propri limiti, i quali, grazie appunto al progresso, si spostano indefinitivamente, procurando sempre maggiore ampiezza al campo delle nostre conoscenze, ma circoscrivendo sempre l'ambito del conoscibile». Così G.M. MERLO, sub voce *Limite* (filosofia), in *l'Enciclopedia*, Torino 2003, p. 432.

comprendiamo solo quello che *possiamo* comprendere<sup>34</sup>. Pertanto chi si aspetta, da queste pagine, la descrizione di una metodologia esatta e compiuta dell'interpretazione giuridica rimarrà deluso<sup>35</sup>. L'impostazione che segue, classificatoria e, per certi versi, analitica<sup>36</sup>, non deve trarre in inganno. Né vuole far precipitare il discorso nella *deriva scienziata*, troppo spesso presente nei Manuali e nelle Trattazioni dell'«*universale giuridico*»<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> «Si potrebbe allora considerare come le corrispondenze semantiche tra il testo e gli stati di fatto cui quel testo si dovrebbe riferire, non si trovano direttamente *nel* testo, ma nel modo stesso di intendere il testo. Ovvero lo studio *empirico* dell'interpretazione, cioè delle effettive e storicamente concrete interpretazioni date a certe norme, non ci informa tanto sul testo, sul linguaggio, ma sul meta-linguaggio, sul modo stesso di intendere il testo, che è qualcosa che si trova in gran parte allo stato latente diffuso nell'intero sistema giuridico, anche se una data interpretazione può venire giustificata (utilizzando certe procedure) nei termini del testo cui viene imposta». Così P.G. MONATERI, sub voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. X, Torino 1993, p. 35.

<sup>35</sup> Il sapere di non sapere non ce lo consente. Sul punto scrive Carnelutti: «Proprio in ciò sta la differenza tra la mia giovinezza e la mia vecchiezza di giurista. Il giovane aveva fede nella scienza; il vecchio l'ha perduta. Il giovane credeva di sapere; il vecchio sa di non sapere. E quando al sapere si aggiunge il sapere di non sapere, allora la scienza si converte in poesia. Il giovane si accontentava del concetto scientifico del diritto; il vecchio sente che in questo concetto si perde il suo impeto e il suo dramma e, pertanto, la sua verità. Il giovane cercava i contorni decisi della definizione; il vecchio preferisce le sfumature di un paragone. Il giovane non credeva se non in quello che si vede; il vecchio non crede più se non in quello che non può vedere». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 20-21.

<sup>36</sup> Si è soliti distinguere i filosofi contemporanei in analitici e continentali. I primi «fanno uso di schematismi e linguaggi “disciplinati”, intendono produrre argomentazioni in ogni punto “controllabili”, dunque tendono a trattare questioni piuttosto circoscritte; danno ai loro scritti un taglio prevalentemente concettuale o tematico, non si occupano tanto di autori o di testi, ma di concetti o problemi». I secondi «escludono l'uso di linguaggi formalizzati, fanno uso di argomentazioni non sempre esattamente ricostruibili; danno alle loro opere un taglio prevalentemente storico, o testuale, fanno riferimento ad autori, a testi, a fasi particolari della storia del pensiero, a grandi unità storico-concettuali (l'ontologia prima e dopo Platone, la vicenda della modernità; la razionalizzazione nell'età moderna, ecc.)». Così L. GIANFORMAGGIO, *Elogio di un filosofo continentale pronunciato da una analitica*, in *Per Alessandro Giuliani*, Perugia 1999, p. 66. Per un tentativo di dialogo tra le diverse prospettive, si veda M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano 2006, pp. 3-250.

<sup>37</sup> Così definisce la teoria generale del diritto (che è «parte ineliminabile della filosofia»), G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma 2007, p. 47. Vengono esaminate in maniera stringata, ma efficace, le possibili problematiche tra teoria generale e filosofia (in conclusione: «non è possibile una distinzione netta») da M. JORI e A. PINTORE, in *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1995, pp. 350-351. Secondo Catania è possibile sostenere una tripartizione tra *validità* (oggetto della teoria generale del diritto), *effettività* (oggetto della sociologia del diritto) e *giustizia* (oggetto della filosofia del diritto) soltanto per finalità didattiche. Infatti: «Se dietro questa tripartizione si volesse reintrodurre una problematica largamente superata volta a graduare l'impegno e il compito nel senso di ritenere vero e unico diritto solo quello elaborato dal filosofo del diritto e seguito a grande distanza dall'impegno tecnico-gnoseologico del teorico generale e infine dal compito pratico del sociologo, e allora dovremmo immediatamente respingere in blocco questa tripartizione». Così A. CATANIA, *Manuale di filosofia del diritto*, Napoli 1995, p. 12. Anche



Lo scopo, piuttosto, è quello di evidenziare – proprio attraverso quello che, forse solo illudendoci, abbiamo considerato un miglioramento sistematico – la natura del fenomeno e la sua centralità per la conoscenza dei «*moventi*» e dei «*fini*»<sup>38</sup>. Che anche e soprattutto di valutazioni morali si nutrono<sup>39</sup>, avendo a che fare con la vita della coscienza<sup>40</sup>.

---

per Ravà la teoria generale del diritto non può essere intesa come surrogato della filosofia del diritto. Lo ricorda M. FRACANZANI, *Adolfo Ravà. Fra tecnica del diritto ed etica dello Stato*, Napoli 1998, pp. 113-134. Per le origini e i successivi sviluppi della teoria generale del diritto, cfr. M. URSO, *Dalla teoria generale del diritto alla teoria del diritto*, in F. VIOLA e M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino 1989, pp. 155-188. Per cogliere il fondamentale apporto della teoria generale del diritto per il pensiero giuridico, A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano 1999, pp. 315-334.

<sup>38</sup> Sull'equiparazione tra valori tipici della legalità e quelli dell'esperienza pratica, si veda L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1953, pp. 8 e 23-25 (nella nota 1). Per Calabrò «ripensare in chiave dei valori supremi lo stesso ordinamento giuridico costituzionale non significa ricorrere agli armamenti logori di una visione ideologica del diritto per approdare alla formulazione di *filosofie* che nulla hanno da dire al giurista nella risoluzione dei suoi problemi. Al contrario, invece, la dottrina dei valori, superando uno sterile positivismo di maniera riesce, a raccordare diritto e società, diritto e morale, individuando la vera natura strumentale e prammatica dell'intero ordinamento». Così G.P. CALABRÒ, *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale*, Torino 2003, p. 17.

<sup>39</sup> Perché «la moralità è uno specifico valore, ma è anche valore che tutti i valori ordina e compone, reintegra e unifica». Così Battaglia, come ricorda A. SCERBO, *Felice Battaglia. La centralità del valore giuridico*, Napoli 1990, p. 104. Scrive Tilgher: «La nuova superiore vita morale che lotta per attuarsi ruba al diritto positivo il nome di diritto per combatterlo meglio. Ma è ben chiaro che non si tratta qui di un diritto in lotta contro un altro diritto, ma solo di una nuova esigenza di vita in lotta contro un diritto positivo che essa svaluta come ingiusto, come immorale, di contro ad esso rivendicando a sé il nome di vero diritto (diritto naturale, razionale, equità). E a questa esigenza (morale) di nuovo diritto si permetta pure di chiamarsi diritto, purchè s'intenda bene che quell'esigenza di essere non ha nulla a che fare con quella esigenza che ha la sua origine in un accordo positivo di volizioni, e alla quale solo a stretto rigore spetta il nome di diritto». Così A. TILGHER, *Le antinomie della filosofia del diritto*, in *Saggi di etica e filosofia del diritto*, Torino 1928, p. 213. Tuttavia, secondo Marzano, «la così detta "arte del distinguere" (specialmente fra morale e diritto) è ancora oggi, e sarà per chi sa quanti altri secoli, l'indispensabile criterio orientativo generale per la soluzione dei problemi giuridici». Cfr. G. MARZANO, *L'interpretazione della legge. Con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, p. 12 (nella nota 6). Tale impostazione, però, non convince. Sul punto parimenti non condivisibile si mostra la distinzione tra *reale* e *possibile* (Treves), così come l'equiparazione tra *morale* ed *Assoluto* (Fassò) riproposte da Roncagli, secondo cui «conforta questa impostazione la motivazione posta da Gesù a fondamento dell'assoluzione dell'adultera: in una società adultera, l'adulterio, pur restando un comportamento immorale, non può determinare una reazione giuridica!». Così G. RONCAGLI, *L'interpretazione autentica*, Milano 1954, p. 95 (nella nota 37). Questa difesa del positivismo giuridico tradizionale incontra (tra gli altri) in Dworkin un forte oppositore. Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982, p. 90. Per un completo approfondimento sul punto, si veda S. SAGNOTTI, *I diritti tra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Milano 1998, p. 10 e ss., nonché G. PALOMBELLA, *Filosofia del diritto*, Padova 1996, pp. 324-338. Per una visione critica del pensiero di Dworkin, cfr. C. LUZZATI, *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano 2006, pp. 57-58. Interessanti si mostrano le osservazioni sul rapporto tra diritto e morale

Di qui la voluta ambiguità del titolo scelto (*I limiti legali dell'interpretazione giuridica: tra geometria e dialettica*), che sottende ad una consequenziale ambiguità teoretica; e che cercheremo – attraverso una scelta precisa<sup>41</sup> – di risolvere più oltre, spostando i confini disegnati dall'ottuso legalismo<sup>42</sup>. E cercando di schivarne i pericoli.

Non basta. Un ulteriore passo s'impone. Per tagliare *un* traguardo occorre, altresì, non privilegiare *ciò che piace*.

L'unico piacere dovrebbe essere quello *della conoscenza*, che preclude quello *della preferenza*: quest'ultimo è una *conoscenza imperfetta*, un limite che occorre segnalare a noi stessi<sup>43</sup>, se davvero si vuole raggiungere il palcoscenico da cui è possibile ammirare (se semplici spettatori) o *partecipare* (se, più coraggiosamente, attori) allo spettacolo multiforme del diritto.

---

proposte da G. CARCATERRA, in *Saggi di filosofia del diritto*, Roma 1989, pp. 25-31 e pp. 203-219. E ancora attuali ci sembrano le considerazioni di Caiani, secondo cui il diritto resta «espressione dell'esigenza imprescindibile dello spirito umano a tradurre nelle forme della giuridicità un regolamento di rapporti interindividuali che sia ispirato ai valori dominanti nella coscienza comune, e tendenzialmente a quello supremo di giustizia». Così L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1953, p. 49.

<sup>40</sup> Sul punto si rimanda alle sempre attuali considerazioni proposte da E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993, pp. 267-284.

<sup>41</sup> «...perché le tesi filosofiche non possono stare una accanto all'altra con sovrana indifferenza. Bisogna scegliere, schierarsi, mostrare i propri presupposti. Solo così si fa chiarezza. Il peggior modo di filosofare è far passare una preferenza personale come insita nella natura stessa delle cose, oggettivandola nella vana speranza di renderla incontestabile». Così C. LUZZATI, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino 2010, p. 23.

<sup>42</sup> Sul diritto come norma tecnica e sui suoi "ordini", si veda A. RAVA, *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari 1911, p. 4. Eccessivo, tuttavia, il parallelismo perfetto con il pensiero di Kelsen proposto da alcuni Autori. Cfr. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, p. 139. Secondo Azzoni la norma tecnica, quando violata, conserva una sanzione «naturale», che non consente la conseguenza. Cfr. G.M. AZZONI, *Cognitivismo e normativismo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano 1991, p. 68. «Insomma, per l'uomo non vi è nessuna "tecnica" dell'agire bene, garantita una volta per tutte da volontarismi o decisionismi. La realizzazione del bene non è alla portata dell'osservanza formalistica di una prescrizione, imposta alla volontà di un inferiore, il subordinato, dall'imperscrutabile potere di un superiore, il sovraordinato. Solo una continua apertura al reale, resa possibile dalla capacità di prescindere da se stessi, la disponibilità a lasciarsi condurre di volta in volta dall'esperienza, come si legge in quel passo della *Metafisica* di Aristotele: "La cosa stessa fece loro strada e li costrinse a cercare", consente all'uomo azioni buone che non sono prodotti dell'industriosità individuale bensì passi nella autorealizzazione personale». Così F. GENTILE, *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008, p. 99.

<sup>43</sup> Sull'argomento si veda quanto osserva PLATONE, *Repubblica*, IX 579 D-586 A, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, p. 1294 e ss. .

Il problema della *giustificazione* – complementare a quello dell'interpretazione<sup>44</sup> – dovrà per questo vincere sciocche divisioni settarie e finalmente basarsi – come da tempo si auspica – sulla *possibile collaborazione* tra le due principali culture interessate: quella del giurista e quella del filosofo<sup>45</sup>. La nostra ambizione, quindi, è essenzialmente *partecipativa*<sup>46</sup>, ma non contempla alcuna pretesa di fornire una chiarificazione definitiva al problema o alle molte opinioni che si agitano, contendendosi il campo: c'è del buono e dell'utile anche nel pensiero dell'apparente nemico; così come del cattivo e dell'inutile si annida nel nostro. Una premessa, questa, indispensabile quanto vera. Consigliata dall'esperienza<sup>47</sup>, più che dalla paura. Spetterà semmai ad altri dire se questa (nostra) *curiosità* – volutamente in bilico “tra umanesimo e tecnica”<sup>48</sup> – sia

---

<sup>44</sup> Lo chiarisce Cotta, secondo cui «l'interpretazione innova sempre di più il significato normativo del testo di partenza fino a presentare, quando si eserciti *contra legem*, una norma del tutto nuova. (...). Perciò, per venir proposto, e a maggior ragione per venire accolto, il nuovo significato (o la nuova norma) ha bisogno di venir *giustificato* nelle sue ragioni normative. Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 8.

<sup>45</sup> L'intuizione è di Carcaterra: « Il vero, io credo, è nell'unità ricomponibile delle due culture, quella del giurista e quella del filosofo. Il giurista che abbia senso critico saprà guardare oltre la legge, nella direzione della razionalità giuridica, aperto e sensibile alla, pur se non impegnato nella, riflessione universale del filosofo. Il filosofo che abbia il concetto pieno della giuridicità e il senso della concretezza del diritto saprà guardare al diritto positivo e non trascurerà di conoscere nelle linee generali le strutture interne dell'ordinamento entro le quali opera il giurista. Queste due figure congiunte in una diventano della casa del diritto il buon custode, lo *Ianus ianitor*, guardiano della porta che da un lato si apre e si volge alla più ampia realtà che sta fuori e dall'altro sorveglia e protegge l'interno della comunità domestica: *omnis habet geminas, hic atque hinc, ianua frontis / e quibus haec populum spectat, at illa Larem* (OVIDIO, *Fasti*, vv. 135-136). Cfr. G. CARCATERRA, *La duplice giustificazione nel diritto positivo*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7), Milano 2010, p. 217. Per un completo approfondimento sull'argomento si veda, dello stesso Autore, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino 2007.

<sup>46</sup> Nel senso che più che offrire soluzioni, si cercherà di proporre nuove discussioni.

<sup>47</sup> Per cogliere il concetto di *esperienza*, inteso come problema proprio della filosofia, si veda M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli 1987, pp. 61-78. Per la prospettiva del diritto come esperienza, cfr. E. OPOCHER, sub voce *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano 1958, p. 735 e ss. .

<sup>48</sup> L'umanesimo consiste «nell'affermazione di un rapporto gerarchico tra le attività umane; ora, se la tecnica è l'esercizio esclusivo di un solo ordine di tali attività, i casi sono due: o si riesce a mostrare che l'uomo si riduce alla sola attività produttiva, e non ha più senso la gerarchia umanistica; o l'attività produttiva porta con sé la possibilità e l'esigenza di un'integrazione, e allora l'umanesimo riacquista dignità di principio direttivo. Il mondo contemporaneo si preoccupa di smentire coi fatti la prima eventualità; resta dunque soltanto la seconda. Non si tratta allora di foggarsi con la finzione un nuovo mondo immaginario, bensì di riordinare mentalmente quello attuale, secondo un principio che tenga conto dell'organica varietà della spiritualità umana, e di suscitare quindi le energie volitive necessarie all'attuazione di quel principio». Così M. GENTILE, *Umanesimo e tecnica*, Verona 1943, p. 183. Sul punto anche U. PAGALLO, *Prolegomeni*

riuscita a produrre un qualcosa di spendibile nel concreto<sup>49</sup>. Perché solo ciò potrà intendersi come *prova* di un, magari piccolo, successo.

Prima di iniziare sentiamo allora l'esigenza di denunciare subito, e in maniera franca, quello che purtroppo viene ancora ingenuamente nascosto o furbescamente solo sottinteso: la *parzialità*. Della nostra posizione. Della nostra formazione. Della nostra stessa chiarezza.

### *1. I soggetti dell'interpretazione: dal mero "dover essere" al "dovere di essere".*

L'interpretazione giuridica può essere anzitutto classificata *secondo chi la fa*. A tal proposito si è soliti distinguere tra interpretazione **autentica**, **giudiziale**, **dottrinale** e, infine, **ufficiale**<sup>50</sup>.

Nel descrivere le predette categorie, si cercherà di far emergere le differenze – in alcuni casi davvero profonde – che, tuttavia, sembrano delineare un indiscutibile *punto di contatto*: la fame e sete di potere<sup>51</sup>. Nel senso che, almeno nella (piuttosto frequente) fase patologica, *ogni* soggetto in questione sembra preoccuparsi

---

*d'informatica giuridica*, Padova 2003, pp. 13-16. Scrive Satta: «Più l'arco della vita piega, più sento che a formare il giurista occorrono due cose che, nella dovuta misura, raramente si possono raggiungere nel breve tempo che ci è concesso: cultura ed esperienza. Senza l'una e senza l'altra, si potrà essere professori, ma non giuristi. Se non si è letto Dante, ad esempio, se non si è ricreato il proprio spirito in Dante, non si può chiamarsi giuristi. Questo finirà con l'inimicarmi molti colleghi, ma è così. Se uno studente mi chiedesse che cosa deve fare per diventare giurista, lo rimanderei alla lettera che Gargantua scrisse al figlio Pantagruelle quando si avviò agli studi nella città di Parigi: c'è, a mio modo d'intendere, in quella lettera tutta l'essenza di quello che con perfetta parola si è chiamato umanesimo. Il giurista è (o sarebbe!) il vero umanista del nostro tempo, assai più del filosofo e del letterato». Così S. SATTA, *Il Diario di Tullio Ascarelli*, in "Quaderni del diritto e del processo civile", IV, 1970, p. 27.

<sup>49</sup> Poiché «...l'interpretazione che interessa il diritto non può appagarsi di una ricognizione teorica, ma deve andar oltre, sia per rendere il precetto assimilabile dalla vita, sia per sottoporre il fatto a una diagnosi giuridica». Così insegna E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 94. Per una completa analisi del suo pensiero in ordine al problema dell'interpretazione, si veda L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova 1955, pp. 163-199.

<sup>50</sup> Non tutti gli Autori, tuttavia, sembrano riconoscere quest'ultima forma di interpretazione in ordine ai possibili soggetti. Fanno eccezione, tra gli altri, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 112. Altri Autori, invece, aggiungono alla predetta classificazione anche l'interpretazione forense o notarile (da noi volutamente lasciata in sospenso, con l'intenzione di riprenderla nelle nostre conclusioni). Così V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, in V. FROSINI, *Filosofia e giurisprudenza*, Catania 1953, p. 92.

<sup>51</sup> Per cogliere i principali ambiti e limiti del potere dell'interprete, si rinvia a quanto osserva M. TROPER, in *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano 2003, pp. 90-93.

anzitutto, quando non addirittura in maniera esclusiva, della rivendicazione del *proprio* ruolo; di mantenere cioè – anche se ovviamente in misura diversa e con effetti nel sociale non sempre paragonabili – il più possibile l’interpretazione giuridica sotto la *propria* tutela. Ed evitando con cura ogni forma di concertazione: ognuno pretende l’interpretazione *per sé*. Ognuno, per competenze o per ruolo gerarchico, si sente nel *giusto*.

Questa prima classificazione in ordine ai soggetti è allora anche la più importante: perché *dell’uomo* è l’interpretazione. E *dall’uomo* sempre e solo può esser fatta<sup>52</sup>. Inutile quindi il ragionamento di chi prende le mosse dal diritto, piuttosto che dal suo *padrone*<sup>53</sup>.

Al contrario, per ripristinare quanto occorre, bisogna ri-partire da *ciò che si è*<sup>54</sup>: l’uomo è tale solo se si accorge e considera la sua effettiva condizione, che non è data dall’*ego* individuale, bensì dalla *coesistenza*<sup>55</sup>.

Vogliamo dire: l’ascoltare tutte le voci non esprime un probabile disordine, ma piuttosto ricerca della *possibile affinità* fra gli uomini. Così come per tutte le cose del mondo<sup>56</sup>. Dalle diversità all’unità. E non l’opposto<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Insomma prima della tecnica viene l’uomo in quanto membro della collettività. In tal senso anche A. TRABUCCI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2007, p. 54. «Valutare filosoficamente il diritto vuol dire prima di tutto non *servire al diritto* ma *servirsi del diritto* per una concezione generale dell’essere». Così F. CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, n° 2, 1923, p. 5.

<sup>53</sup> Joseph Ratzinger, nel suo ultimo sermone da cardinale, scrive: «...il nemico proviene dall’interno dell’uomo, di quell’uomo contemporaneo che noi tutti siamo. Certo anche le misure esteriori sono importanti (...) ma i veri cambiamenti possono accadere soltanto a partire dall’interiorità, e non sarà cosa di poco conto il realizzarli» perché «qui si gioca il destino dell’uomo: se egli resta signore delle proprie opere oppure il loro funzionario». Così ricorda F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. VIII (*Prefazione*).

<sup>54</sup> Per Cotta occorre considerare come ancora valido il seguente principio enunciato da Rosmini: “Riconosci l’essere qual è nel suo ordine”. Questo perché «l’imperativo “riconosci” ha un suo statuto semantico preciso, evidente fin dal suo morfema: “riconoscere” è infatti un procedimento cognitivo, *noetico*, rivolto a qualcosa che c’è e che in sé non può non venir conosciuta: fuori dall’essere c’è il nulla, di cui nulla si può dire. Il raggiunto riconoscimento dell’ “essere qual è” costituisce la premessa *aletica* (di verità) dell’imperativo etico e giuridico, che altrimenti sarebbe abbandonato a espressione del puro arbitrio della potenza». Così S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano 1997, pp. 113-114.

<sup>55</sup> S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano 1991, p. 96 e ss., nonché P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, p. 17. Ancora più profondo, sul punto, il pensiero di A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Padova 1969, pp. 726-728.

<sup>56</sup> «Si direbbe che le cose non vogliono stare da sole. La loro solitudine non è secondo natura. Ma neppure amano di stare insieme alla rinfusa. Ciascuna cerca quella o quelle altre cose, con le

Nessuno può imporre legittimamente un mero *dover essere*, senza prima capire il proprio *dovere di essere*<sup>58</sup>. Nessuno potrà sancire in maniera credibile l'*obbligatorietà* del diritto, senza prima individuare un saldo *consenso*<sup>59</sup>. Che – sia chiaro – non può intravedere «all'orizzonte la meta, né ha la certezza di raggiungerla». Accontentandosi, invece, di riconoscere e dimostrare – «attraverso un procedimento dialettico soggetto a continua verifica»<sup>60</sup> – l'essenziale binomio fra il *valore* della norma e la sua *esistenza*<sup>61</sup>. Quest'ultima sarà quindi *provata* attraverso un richiamo alla «bilateralità», che significa riconoscimento reciproco del *valore* della persona rispetto al suo soggettivo *volere*<sup>62</sup>. Perché è proprio l'apertura ai possibili mondi che ci consentirà di liberarci dal peggiore dei mondi possibili.

Ecco delinearsi l'autentica essenza del *dover essere*. Ecco il passaggio dalla divisione all'«amore»<sup>63</sup>.

---

quali va d'accordo. Perché? Fatto sta che da sola una cosa non dice tutto quello che dovrebbe dire. Affinché possa spiegare pienamente la sua utilità ha bisogno di combinarsi con quell'altra, che è fatta per lei. L'esemplare imponente di questo fenomeno è l'accordo tra il maschio e la femmina: solo nel rapporto reciproco l'uno e l'altro svolgono interamente il loro valore». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 24.

<sup>57</sup> «Unità è, come tutti sanno, il risultato dell'unione; e poiché non si possono unire se non cose che prima erano divise, ecco che la riflessione mette capo a una sorpresa: se *uno* e *unità* vogliono dire, in concreto o in astratto, la stessa cosa, l'uno suppone il due, anzi che il due supponga l'uno. Vorrebbe dire che la unità nasce dalla diversità anzi che la diversità dall'unità». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 23.

<sup>58</sup> Chiarisce D'agostino: «Il dovere di coesistere è *fondamentale*, perché fuoriuscire dalla coesistenza non è possibile (significherebbe fuoriuscire dallo stato di essere umano) e perché d'altra parte la coesistenza è uno stato nel quale non si deve entrare, perché *ci si è già*». Così F. D'AGOSTINO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino 2006, p. 272.

<sup>59</sup> Scrive Punzi: «Il diritto, pensato nella sua specificità, non è comando di chi decide, qui ed ora, bensì *ipsa res iusta*, punto d'arrivo di un procedimento interpretativo e giustificativo che, anche quando muove dalla disposizione autoritativa, cresce e si trasforma attraverso un processo di conferimento di senso a quella disposizione e di ricerca del giusto nel caso concreto. Il diritto si fa così arena in cui si proietta verso decisioni, se non sempre condivise, certamente intelligibili e giustificate». Così A. PUNZI, *Dialettica della ragione giuridica*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7), Milano 2010, p. 744.

<sup>60</sup> A. PUNZI, *Dialettica della ragione giuridica*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7), Milano 2010, p. 747.

<sup>61</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 146. La legge giuridica, così come quella naturale, devono essere in grado di rappresentare «..., insieme, *ciò che è e ciò che deve essere*». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 39.

<sup>62</sup> M. COSSUTTA, *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino 2005, pp. 139-141.

<sup>63</sup> «Il dovere è il mezzo, che si offre agli uomini affinché la divisione si converta in unità. E l'unità del mondo si chiama amore. L'amore congiunge le stelle del cielo come gli uomini della

Un'unica strada ci pare allora percorribile: quella indicata dal *diritto naturale*<sup>64</sup> e dal *bene comune*<sup>65</sup> che, con il loro intreccio virtuoso, sembrano poter condurre alla «realità vera»<sup>66</sup>, la quale non potrà essere da (tutti) noi *prodotta* ma solo, e più semplicemente, *accertata*.

---

terra affinché possano formare l'ordine del mondo». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 114. «La natura dell'amore è essenzialmente congiuntiva; perciò l'amore è una espansione dell'esistere, che è l'essere della parte o essere parziale. Da ciò la risoluzione dell'amare nell'essere, ossia nel tutto che congiunge le parti. Più l'esperienza e la meditazione della vita si arricchisce e si approfondisce, più si sente e si comprende che amare è *essere un altro*: che il padre ed il figlio siano, come Dante ha cantato, "così giunte persone", che significa se non l'uscire di ciascuna dal suo isolamento per formare una unità sopra le due cose?» Così F. CARNELUTTI, *La persona umana e il delitto*, in "Archivio penale", fasc. I e II, 1945, p. 11.

<sup>64</sup> Condivisibili ci appaiono le considerazioni sul diritto naturale (e sulla sua funzione "rivoluzionaria") proposte dal Tigher: «Né c'è niente di male a chiamar naturale questo diritto nuovo, o meglio questa esigenza di nuovo diritto, che si va formando nel seno del vecchio e lentamente lo conduce a distruzione: purché si tenga ben fermo in mente che non si tratta già di un diritto eterno, assoluto e immutabile che ne sostituisce uno contingente, imperfetto e perituro, ma solo di un diritto storico in via di affermarsi con un altro diritto storico: il diritto nuovo assume nome di naturale, non solo perché, com'è naturale ad ogni nuova posizione di vita, si proietta nell'assoluto considerandosi come il solo buono, il solo giusto, il solo conforme a natura, ma anche perché quel nome gli giova come arma nella lotta contro il diritto vecchio, biasimato d'innaturale ed irrazionale. E gli studiosi di filosofia del diritto sanno bene quale ufficio profondamente rivoluzionario abbia sempre adempiuto, e adempia tuttora, il così detto *diritto naturale*». Così A. TILGHER, *Le antinomie della filosofia del diritto*, in *Saggi di etica e filosofia del diritto*, Torino 1928, pp. 213-214. Insomma un diritto naturale che «conosce e accetta la storia (cd. diritto naturale concreto), superando quella concezione di immutabilità che si rimprovera al vecchio giusnaturalismo». Lo precisa A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2007, p. 13. Anche perché «...dal punto di vista della struttura, legge giuridica e legge naturale si assomigliano come due gocce d'acqua». Per un maggiore approfondimento, cfr. F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 28.

<sup>65</sup> Perché «...la comunità a fini generali, o comunità politica, ha come compito il perseguimento del bene comune, di quel bene che se non è esclusivo di alcuno è proprio di ciascuno. Chi, per diversi modi, è chiamato a fissare le regole della comunità è in realtà chiamato ad individuare problemi che ostacolano il percorso della comunità. La norma vuole essere la risposta (più o meno riuscita) ad un problema percepito. Si può allora dire, riprendendo Platone, che lo spessore politico del governante si misura nell'attitudine di individuare i problemi della comunità; e possiamo aggiungere che il suo spessore giuridico si misura sulla capacità di tradurre in norme la soluzione di quei problemi». Così chiarisce M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in "Dir. Proc. Amm.", n° 1, 2008, pp. 184-185.

<sup>66</sup> Invero: «Per conoscere il bene comune non basta la testimonianza degli "esperti". La testimonianza vera, quella che conta, è quella del "buon cittadino". Allo stesso modo come il diritto naturale è la misura dell'obbligatorietà del diritto, il bene comune è la misura dell'autorità dello Stato, che è tanto più salda, più fondata, più "vera", quanto più saldo e fondato è il consenso circa la bontà dei fini prescelti, l'accordo sulle "decisioni ultime", il vincolo di solidarietà fra i cittadini. Su questo punto – e sia pure su questo punto soltanto! – bisogna riconoscere che la parola definitiva è quella detta da Rousseau. Nell' "ottimo Stato" la legge è l'espressione della "volontà generale": soltanto un governo fondato su *quella* legge può dirsi "legittimo", perché esso soltanto offre una sicura garanzia del perseguimento di un bene veramente comune». Così A. PASSERIN D'ENTREVÉS, *Dottrina dello Stato*, Torino 1962, pp. 321-322. Precisa Viola: «...si può stabilire una

*1.1. L'interpretazione autentica: la discrezionalità «minima» è, invece, «massima» nei fatti.*

L'interpretazione viene definita **autentica** se fatta dallo stesso legislatore (*cuius est condere eius est et interpretari*), parlamentare o governativo, mediante un'altra legge o atti aventi forza di legge (decreto legge, decreto legislativo) con lo scopo di «imbrigliare»<sup>67</sup> – anche per il tempo anteriore<sup>68</sup> – il significato di una disposizione previamente emanata<sup>69</sup>.

---

netta contrapposizione tra le dottrine che vedono la vita sociale e politica come il luogo della mera coesistenza tra concezioni differenti della verità e del bene, che non dialogano fra loro, e concezioni che, invece, la intendono come un dialogo aperto, in cui ognuno è portatore della sua opinione e del suo punto di vista, ma è disposto a cambiarli, almeno in una certa misura, a vantaggio di una visione comune, frutto di una comune ricerca. Si può affermare che la tradizione della legge naturale appartiene alle seconde, ma a condizione che essa sia disposta ad abbandonare un catalogo già prefissato di regole razionali come punto di partenza di partenza e partecipi, insieme a tutte le altre concezioni similari, alla comune ricerca del bene. Quindi, si dovrebbe passare dalla legge naturale come codice morale alla legge naturale come programma di ricerca. In questo senso, e solo in questo, noi crediamo che la gloriosa tradizione della legge naturale possa sopravvivere nel tempo presente e far valere i suoi argomenti nella piazza della città degli uomini». Cfr. F. VIOLA, *La legge naturale come ricerca comune del bene (postfazione)*, in S. SIBILLA (a cura di), *La legge naturale tra etiche, diritti e culture*, Taranto 2009, pp. 107-108.

<sup>67</sup> «Il legislatore è, talvolta, insoddisfatto dei significati che alla norma vengono attribuiti dagli interpreti – i giudici, i quali hanno il compito di applicarla – quindi è insoddisfatto della applicazione della norma, del diritto, del colorito giuridico che viene dato ai fatti della vita. Cioè, quando il legislatore sovrano, il potere che emana ed esprime in sé le norme, ha l'impressione che la libera attività interpretativa del giudice porti lontano dal significato vero che esso ha attribuito alla norma emanata, vi riflette su, vi medita su, e emana una nuova norma che si chiama "interpretativa": cioè esprime, in forma normativa, il suo giudizio sulla situazione da regolare. Si tratta in realtà di una vera e propria norma, si tratta in realtà di una norma nuova, che viene, peraltro, legittimamente ricollegata ad una norma precedente, della quale tende a chiarire, precisare, *imbrigliare* – per così dire – il significato, per non lasciare degli spazi arbitrari – o ritenuti arbitrari – attraverso i quali l'interprete-giudice, l'interprete che deve applicare, possa far passare propri contenuti interpretativi». Così A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, p. 265.

<sup>68</sup> Per cogliere i rapporti e le problematiche tra tempo e interpretazione autentica, si veda V. ITALIA, *Il tempo delle leggi*, Milano 2010, pp. 43-44.

<sup>69</sup> «Esse non sono leggi nuove, come han di già osservato i giureconsulti romani; esse non fanno che spiegare la legge antica; è dunque la stessa legge che sussiste, col senso che vi annette il legislatore che l'ha fatta. A vero dire, non è la legge interpretativa che regola il passato, ma quella tal legge che ha sempre esistito». Così F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 277. Questa idea, propria della concezione classica, oggi non convince affatto: «...la tesi della "unica norma vera" è insostenibile». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 377. Per seguire l'evoluzione storica sul punto, si veda A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, pp. 103-1034 e p. 110 (nella note 17 e 29). Per cogliere le peculiarità del pensiero kelseniano sull'argomento, si rinvia a P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. da Bentham a Kelsen*, Torino 2009, pp. 357-360.



Riecheggia così, sin d'ora, la nostra premessa iniziale: interpretare può voler dire, in questo caso davvero, introdurre qualcosa di inedito<sup>70</sup>. Dove tuttavia la logica, a volte, làtita<sup>71</sup>: poichè l'interpretazione autentica può non avere il suo fondamento nel documento formale di cui tratta<sup>72</sup>; così come non risulta essere vincolata da alcun criterio sull'interpretazione<sup>73</sup>; il suo contenuto, purché non vietato dalle fonti di rango costituzionale, non ha praticamente confini<sup>74</sup>.

Nonostante ciò *interpretazione* e *produzione* del diritto possono essere, al di là delle apparenze, concetti «complementari»<sup>75</sup>. Ma questo, come a breve vedremo, non ci salva dai problemi. Anzi, forse li complica ulteriormente.

Le sue radici storiche sono rinvenibili nella capacità normativa che, nella Roma antica, veniva riconosciuta al diritto giurisprudenziale. Quest'ultimo considerato, per l'appunto, fonte di interpretazione autentica. Così come analoga matrice è possibile rintracciare nelle monarchie assolute, fondate sull'indiscutibile autorità del Sovrano<sup>76</sup>.

Chi la difende, normalmente, sottolinea una sorta di *superiorità* del potere legislativo<sup>77</sup>, in quanto diretto rappresentante del popolo e, quindi, della

---

<sup>70</sup> Per la differenza kelseniana tra interpretazione *scientifica* («che descrive uno schema normativo») e *autentica* («che interviene nella dinamica creativa dell'ordinamento stesso»), cfr. F. VIOLA, H. Kelsen e l'interpretazione delle norme, in F. VIOLA, V. VILLA e M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, p.76.

<sup>71</sup> I principali inconvenienti dell'interpretazione autentica non sembrano, però, preoccupare oltre misura il Betti. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 195.

<sup>72</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 364.

<sup>73</sup> Per questo motivo, secondo la dottrina maggioritaria, si deve distinguere tra *leggi interpretative* e *leggi sull'interpretazione*. In questo senso anche F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 365.

<sup>74</sup> Sporadici e comunque poco efficaci nella sostanza si sono rivelati i tentativi della Corte costituzionale di definire a monte i limiti del potere del legislatore. Per una panoramica delle principali pronunce, cfr. A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 110 (nella nota 29).

<sup>75</sup> «Se con la legislazione il legislatore traduce in atti normativi le esigenze della società, egli non fa che interpretare queste esigenze; così come l'interprete, nel desumere o proporre significati per i testi contenuti in quegli atti, non fa che produrre statuizioni, prescrizioni, norme...». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 368.

<sup>76</sup> G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, pp. 157 e 158. Ulteriori esempi in ordine alla sua genesi ed evoluzione sono presenti in F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 360 e 372-377.

<sup>77</sup> Per esaminare la dottrina della "supremazia della legge", cfr. A. PASSERIN D'ENTREVÉS, *Dottrina dello Stato*, Torino 1962, pp. 121-128.

sovranità<sup>78</sup>. Ma la sovranità – verrebbe subito da obiettare – compete allo Stato, di cui il Parlamento è solo un Organo, come lo sono quello giurisdizionale e di governo<sup>79</sup>.

Chi la critica, invece, arriva a definirla «illegittima» e «inopportuna»; fondata su un «arbitrario intendimento», peraltro non conforme all'*esigenza finalistica* della ricerca del significato normativo delle disposizioni<sup>80</sup>; storicamente decaduta<sup>81</sup>; costituzionalmente problematica<sup>82</sup>; intrisa di connotati politici, che sembrano preoccuparsi più dell'utile che del lecito; fino a criticare – questa volta in maniera ingenua – la stessa scelta del termine “autentica”: nel senso che, nell'istituto in questione, l'unica identità è quella istituzionale e costituzionale dell'Organo<sup>83</sup>, ma quasi sempre diverse risultano essere le persone fisiche interessate dai due momenti<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> A. PASSERIN D'ENTREVÉS, *Dottrina dello Stato*, Torino 1962, pp. 129-138. Come disincantata, invece, si mostra la visione del Berti, secondo cui «la sovranità del popolo è sempre più un ombrello ideale al riparo del quale si compiono i più disparati gesti (non gesta!) a difesa degli interessi dei nuovi “proci”, ben contenti di fidare su Eolo e sulle procelle turbinanti per tenere il sempre evocato (ed invocato) Ulisse lontano dall'approdo». Così G. BERTI, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli 2004, p. 172.

<sup>79</sup> F. CARNELUTTI, *Limiti dell'accertamento legislativo*, in “*Riv. Dir. Proc.*”, 1950, I, p. 54.

<sup>80</sup> Così G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, pp. 167 e 168.

<sup>81</sup> «...la Costituzione repubblicana del 27 dicembre 1947, al contrario di quanto faceva lo Statuto albertino (art. 73), non contiene alcun accenno alla possibilità dell'organo legislativo di emanare disposizioni interpretative “in modo per tutti obbligatorio”». Così ricorda G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, p. 169. Tuttavia secondo autorevole dottrina: «Il silenzio della nuova costituzione italiana circa l'interpretazione autentica legislativa, per quanto nell'intento dei redattori voglia significare che l'istituto – dopo l'abuso fattone durante la guerra civile – viene completamente ignorato, non importa, in realtà, né una sua abolizione né un ostacolo al suo funzionamento, in quanto risponde a una effettiva normale esigenza di integrazione dell'ordine giuridico». Così E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 201.

<sup>82</sup> Mentre nello Statuto albertino, « non essendo previsti forme particolari o organi particolari per le norme costituzionali, si ravvisava il carattere della flessibilità; alla costituzione vigente, per correlativi motivi, si riconosce unanimemente il carattere della rigidità». Così G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, p. 169.

<sup>83</sup> Di «identità istituzionale» o «di posizione» parla anche il Betti. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 189. Diversamente avviene nel diritto canonico, che «ha intrapreso in questo campo un'altra via, in quanto prevede che il legislatore può assegnare questo compito ad un altro organo istituzionale. Perciò è stato istituito uno specifico Pontificio consiglio (can. 16 §§ 1 e 2 CIC) con questa funzione». Così segnala W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto*, Roma 2001, p. 148.

<sup>84</sup> In realtà «la forza normativa, precettiva o di comando, insita nella disposizione interpretativa, non è il risultato di una volontà specifica e differenziata dell'organo legislativo, ma

In altri termini: in questo campo l'autorevolezza *di chi vuole* (perché legislatore), quasi mai coincide con *quella di chi sa* (perché autore)<sup>85</sup>.

L'interpretazione autentica presenta le seguenti caratteristiche essenziali:

- Ha la forma di un comando. Ed è un comando a carattere generale, ossia valevole per tutti.
- Esclude tutte le altre possibili opzioni interpretative<sup>86</sup> e, quindi, non «certifica» né «accerta»<sup>87</sup>.
- È retroattiva e regola, pertanto, (anche) il passato.

Non a caso sono proprio le recenti vicende politiche a mostrarci la sua stringente attualità: nelle ultime elezioni regionali, il partito del Popolo della Libertà non è riuscito a presentare, per un problema non meglio precisato, la propria lista nella regione Lazio entro l'orario e il giorno prestabilito dalla legge. Invero la legge n° 108 del 1968<sup>88</sup>, al primo comma dell'articolo 9, così recita:

*«Le liste dei candidati per ogni collegio devono essere presentate alla cancelleria del tribunale di cui al primo comma dell'articolo precedente dalle ore 8 del trentesimo giorno alle ore 12 del ventinovesimo giorno antecedenti quelli della votazione: a tale scopo, per il periodo suddetto, la cancelleria del tribunale*

---

è niente altro che il risultato del costante modo di essere dell'organo dal quale promana». Così chiarisce G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, p. 166.

<sup>85</sup> Lo ricorda, riproponendo il pensiero del Tarello, F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 359.

<sup>86</sup> Il suo terreno, però, non è quello «dell'esattezza dell'apprezzamento interpretativo ch'essa enuncia: esattezza controllata alla stregua dei criteri ermeneutici». Così precisa E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 192.

<sup>87</sup> Così A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino 2001, p. 3.

<sup>88</sup> Legge 17 febbraio 1968, n. 108 (in Gazz. Uff., 6 marzo, n. 61) - *Norme per la elezione dei Consigli regionali delle Regioni a statuto normale* (Elezioni dirette consigli regionali).

*rimane aperta quotidianamente, compresi i giorni festivi, dalle ore 8 alle ore 20»<sup>89</sup>.*

---

<sup>89</sup> E continua: «*Le liste devono essere presentate da non meno di 400 e da non più di 600 elettori iscritti nelle liste elettorali di comuni della circoscrizione.*

*La firma degli elettori, indicante il nome, cognome, luogo e data di nascita del sottoscrittore, deve essere autenticata da un notaio o dal segretario comunale o dal pretore o dal giudice conciliatore, con l'indicazione del comune, nelle cui liste l'elettore dichiara di essere iscritto.*

*Nessun elettore può sottoscrivere più di una lista di candidati.*

*Ciascuna lista deve comprendere un numero di candidati non superiore al numero dei consiglieri da eleggere nel collegio e non inferiore ad un terzo, arrotondato all'unità superiore.*

*Di tutti i candidati deve essere indicato cognome, nome, luogo e data di nascita, e la relativa elencazione deve recare una numerazione progressiva secondo l'ordine di presentazione.*

*È consentito presentare la propria candidatura in un massimo di tre circoscrizioni purchè sotto lo stesso simbolo. L'Ufficio centrale circoscrizionale, entro 12 ore dalla scadenza del termine stabilito per la presentazione delle liste dei candidati, invia le liste stesse all'ufficio centrale regionale il quale, nelle 12 ore successive, sentiti i rappresentanti di lista, cancella le candidature eccedenti il limite di cui sopra e le rinvia, così modificate, agli uffici centrali circoscrizionali.*

*Con la lista dei candidati si deve presentare inoltre:*

*1) i certificati, anche collettivi, dei sindaci dei singoli comuni ai quali appartengono i sottoscrittori della dichiarazione di presentazione della lista, che ne attestino l'iscrizione nelle liste elettorali di un comune della circoscrizione. I sindaci devono, nel termine improrogabile di ventiquattro ore dalla richiesta, rilasciare tali certificati;*

*2) la dichiarazione di accettazione della candidatura di ogni candidato. La candidatura deve essere accettata con dichiarazione firmata ed autenticata da un sindaco o da un notaio, da un pretore o da un giudice conciliatore. Per i cittadini residenti all'estero, l'autenticazione della firma deve essere richiesta ad un ufficio diplomatico o consolare;*

*3) il certificato di nascita, o documento equipollente, ed il certificato di iscrizione nelle liste elettorali di un qualsiasi comune della Repubblica di ciascun candidato;*

*4) un modello di contrassegno, anche figurato, in triplice esemplare. Non è ammessa la presentazione di contrassegni che siano identici o che si possano facilmente confondere con contrassegni notoriamente usati da altri partiti o raggruppamenti politici ovvero con quelli di altre liste presentate in precedenza. Non possono essere presentati, altresì, contrassegni riproducenti immagini o soggetti di natura religiosa.*

*La dichiarazione di presentazione della lista dei candidati deve contenere la indicazione di due delegati autorizzati a designare, personalmente o per mezzo di persone da essi autorizzate con dichiarazione autenticata da notaio, i rappresentanti della lista presso ogni seggio e presso l'ufficio centrale circoscrizionale».*

Anche il successivo art. 10 (Esame ed ammissione delle liste. Ricorsi contro la eliminazione di liste o di candidati) viene interessato dalla questione: «*L'Ufficio centrale circoscrizionale, entro ventiquattro ore dalla scadenza del termine stabilito per la presentazione delle liste dei candidati:*

*1) verifica se le liste siano state presentate in termine, siano sottoscritte dal numero di elettori stabilito e comprendano un numero di candidati inferiore al minimo prescritto; dichiara non valide le liste che non corrispondano a queste condizioni e riduce al limite prescritto quelle contenenti un numero di candidati superiore a quello dei seggi assegnati alla circoscrizione, cancellando gli ultimi nomi; ricusa i contrassegni che non siano conformi alle norme di cui all'articolo precedente;*

*2) cancella dalle liste i nomi dei candidati, per i quali manca la prescritta accettazione;*

*3) cancella dalle liste i nomi dei candidati che non abbiano compiuto o che non compiano il 21° anno di età al primo giorno delle elezioni, di quelli per i quali non sia stato presentato il certificato di nascita, o documento equipollente, o il certificato di iscrizione nelle liste elettorali di un qualsiasi comune della Repubblica;*

*4) cancella i nomi dei candidati compresi in altra lista già presentata nella circoscrizione.*

Il Governo (di cui il Popolo della Libertà rappresenta il partito di maggioranza<sup>90</sup>) ha così cercato di risolvere la questione mediante un'interpretazione autentica, proposta con il decreto legge n° 29 del 5 marzo 2010<sup>91</sup>, il cosiddetto decreto "salva-liste".

Al primo comma dell'articolo 1 del predetto decreto si legge:

*«Il primo comma dell'articolo 9 della legge 17 febbraio 1968, n. 108, si interpreta nel senso che il rispetto dei termini orari di presentazione delle liste si considera assolto quando, entro gli stessi, i delegati incaricati della presentazione delle liste, muniti della prescritta documentazione, abbiano fatto ingresso nei locali del Tribunale. La presenza entro il termine di legge nei locali del Tribunale dei delegati può essere provata con ogni mezzo idoneo»<sup>92</sup>.*

---

*I delegati di ciascuna lista possono prendere cognizione, entro la stessa sera, delle contestazioni fatte dall'ufficio centrale circoscrizionale e delle modificazioni da questo apportate alla lista.*

*L'Ufficio centrale circoscrizionale torna a radunarsi l'indomani alle ore 9 per udire eventualmente i delegati delle liste contestate o modificate ed ammettere nuovi documenti o un nuovo contrassegno e deliberare seduta stante.*

*Le decisioni dell'Ufficio centrale circoscrizionale sono comunicate, nella stessa giornata, ai delegati di lista.*

*Contro le decisioni di eliminazione di liste o di candidati, i delegati di lista possono, entro 24 ore dalla comunicazione, ricorrere all'Ufficio centrale regionale.*

*Il ricorso deve essere depositato entro detto termine, a pena di decadenza, nella cancelleria dell'Ufficio centrale circoscrizionale.*

*Il predetto Ufficio, nella stessa giornata, trasmette, a mezzo di corriere speciale, all'Ufficio centrale regionale, il ricorso con le proprie deduzioni.*

*L'Ufficio centrale regionale decide nei due giorni successivi.*

*Le decisioni dell'Ufficio centrale regionale sono comunicate nelle 24 ore ai ricorrenti ed agli Uffici centrali circoscrizionali».*

<sup>90</sup> «Vi sono momenti di stanchezza della società, per effetto dei quali chi è capo della maggioranza eletta o chi è stato eletto plebiscitariamente si sente di disporre per sé delle leve dei poteri statali, li usa insieme nel proprio interesse, e li confonde, ne governa i bisticci, vedendosi allo specchio quasi come una reincarnazione sbiadita e buffa del re sole». Così G. BERTI, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli 2004, p. 177.

<sup>91</sup> Decreto legge 5 marzo 2010 n. 29 (in Gazz. Uff., 6 marzo, n. 54) - *Interpretazione autentica di disposizioni del procedimento elettorale e relativa disciplina di attuazione.*

<sup>92</sup> E continua: «2. Il terzo comma dell'articolo 9 della legge 17 febbraio 1968, n. 108, si interpreta nel senso che le firme si considerano valide anche se l'autenticazione non risulti corredata da tutti gli elementi richiesti dall'articolo 21, comma 2, ultima parte, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, purché tali dati siano comunque desumibili in modo univoco da altri elementi presenti nella documentazione prodotta. In particolare, la regolarità della autenticazione delle firme non è comunque inficiata dalla presenza di una irregolarità meramente formale quale la mancanza o la non leggibilità del

Ciò significa che la legge n° 108 del 1968 si *deve* interpretare nel senso che il termine ultimo delle ore 12 si intende rispettato non solo se entro questo vengono consegnate le liste, ma se si dimostra, «*con ogni mezzo idoneo*», che si era presenti entro lo stesso presso il Tribunale per il deposito.

Il risultato finale – ci sia consentito – pare a dir poco discutibile<sup>93</sup>.

Mostrate, attraverso l'esempio di cui sopra<sup>94</sup>, le difficoltà logiche ancor prima che giuridiche sovente causate dall'interpretazione autentica, occorre ora spendere qualche parola – senza pretesa di completezza – sul suo problema di fondo: come

---

*timbro della autorità autenticante, dell'indicazione del luogo di autenticazione, nonché dell'indicazione della qualificazione dell'autorità autenticante, purché autorizzata.*

3. Il quinto comma dell'articolo 10 della legge 17 febbraio 1968, n. 108, si interpreta nel senso che le decisioni di ammissione di liste di candidati o di singoli candidati da parte dell'Ufficio centrale regionale sono definitive, non revocabili o modificabili dallo stesso Ufficio. Contro le decisioni di ammissione può essere proposto esclusivamente ricorso al Giudice amministrativo soltanto da chi vi abbia interesse. Contro le decisioni di eliminazione di liste di candidati oppure di singoli candidati e' ammesso ricorso all' Ufficio centrale regionale, che può essere presentato, entro ventiquattro ore dalla comunicazione, soltanto dai delegati della lista alla quale la decisione si riferisce. Avverso la decisione dell'Ufficio centrale regionale e' ammesso immediatamente ricorso al Giudice amministrativo.

4. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle operazioni e ad ogni altra attività relative alle elezioni regionali, in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto. Per le medesime elezioni regionali i delegati che si siano trovati nelle condizioni di cui al comma 1 possono effettuare la presentazione delle liste dalle ore otto alle ore venti del primo giorno non festivo successivo a quello di entrata in vigore del presente decreto».

<sup>93</sup> Si perdoni il voluto paradosso ma, stando così le cose, il rischio è quello di considerare legittimo, in futuro, anche la possibilità, (questa volta) per gli elettori, di presentarsi ai seggi elettorali entro l'orario di apertura, far registrare regolarmente la propria presenza e, poi, decidere di allontanarsi. Fare quindi ritorno oltre l'orario di chiusura stabilito e pretendere di esercitare il diritto-dovere di voto (!). Parimenti discutibile – ai nostri occhi almeno – si mostra la nuova disciplina in ordine all'autenticazione delle firme di cui al secondo comma dell'articolo 9 della legge 17 febbraio 1968, n° 108, nata per risolvere una diversa problematica, sorta nella regione Lombardia, per la lista denominata “*Per la Lombardia*” a sostegno del candidato di centro-destra Formigoni: gli organi preposti al controllo, ad un dato momento, decisero di verificare la regolarità di alcune firme per la presentazione della lista. Tuttavia quando si sceglie, come in questo caso, la strada del formalismo, non è possibile poi commettere errori procedurali (ad esempio l'accesso agli atti richiesto del movimento politico dei radicali – promotori dell'iniziativa volta a controllare la validità dell'intera procedura – veniva concesso con una semplice autorizzazione telefonica) né usare “due pesi e due misure” (le medesime irregolarità non venivano contestate ad altre compagini elettorali come, ad esempio, alla lista a sostegno di Penati, candidato del centro sinistra). Cfr. il dossier (di parte, ma condivisibile) riepilogativo dell'intera vicenda in <http://www.cdc-caponago.it>. A nostro modesto parere, per risolvere la questione, il legislatore avrebbe dovuto contestare i profili di cui sopra, piuttosto che decidere di intraprendere la strada che conduce ad una disciplina oggettivamente debole, ancora una volta, in punto di logica.

<sup>94</sup> Per ulteriori esempi, si veda G. CASTELLANO, *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in “*Pol. Dir.*”, 1971, pp. 593-644, nonché R. TARCHI, *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?) fra Parlamento e giudici*, in “*Foro it.*”, I, 1988, pp. 1350-1356. Per esempi di interpretazione autentica riferiti al sistema costituzionale francese del 1958, cfr. M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano 2003, pp. 89-90.

si concilia la retroattività con il dettato dell'articolo 11 delle Disposizioni sulla legge in generale<sup>95</sup>, secondo cui «*la legge non dispone che per l'avvenire*»?

La retroattività è, senza alcun dubbio, il nodo centrale della problematica delle leggi interpretative: non si accetta, tecnicamente, questa intrusione da parte del legislatore nel potere giurisdizionale. Anche se non esiste una riserva di giurisdizione e, anzi, il giudice è costituzionalmente soggetto alla legge. E parimenti irrita, politicamente e, ancor prima, moralmente, quello che viene percepito come un atto di *slealtà*. Anche se poi ci si dimentica delle leggi puramente retroattive che, allo stesso modo delle interpretative, mettono in discussione principi di civiltà giuridica che indeboliscono le garanzie dei singoli consociati<sup>96</sup>.

Il contrasto con l'articolo 11 delle preleggi (successivamente attenuatosi<sup>97</sup>) non è riuscito ad arginare il fenomeno che si è, per converso, moltiplicato a dismisura<sup>98</sup>, specialmente attraverso l'ormai inarrestabile attività normativa del Governo.

La Corte costituzionale, quasi sempre mostrando poco coraggio<sup>99</sup>, ha poi contribuito, e in maniera determinante, all'attuale e progressiva *frammentazione*

---

<sup>95</sup> Si riporta per memoria: «*La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire per la loro efficacia una data anteriore alla pubblicazione, purchè non preceda quella della stipulazione*».

<sup>96</sup> Così segnala A. ANZON, *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino 2001, p. 10.

<sup>97</sup> Anzitutto attraverso l'utilizzo del cosiddetto *criterio cronologico*, sancito dall'articolo 15 delle preleggi. Cfr. quanto osserva sul punto C. LUZZATI, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino 2010, p. 15. La Corte Costituzionale, a più riprese, ha poi precisato che il principio di irretroattività della legge non assurge, nella sua assolutezza a precetto costituzionale, se non in materia penale. Cfr., ad esempio, la recente pronuncia della Corte Cost. del 12 febbraio 2010, n° 48, in banca dati <http://www.dejure.giuffre.it>, secondo cui: «... il principio generale di irretroattività della legge risulta costituzionalizzato soltanto con riferimento alla materia penale, mentre in ogni altra materia il legislatore ordinario può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica - che, tra più significati plausibilmente espressi dalla disposizione interpretata, ne impongano uno - sia disposizioni innovative con efficacia retroattiva». Per le necessarie precisazioni sull'argomento, meglio di tutti, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, pp. 196-200. Per una pregevole panoramica giurisprudenziale, cfr. A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 110 (nella nota 29).

<sup>98</sup> A. LENER, *L'eccesso di potere del legislatore e i giudici*, in "Foro it.", V, 1981, p. 105.

<sup>99</sup> M. MANETTI, *Vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino 2001, p. 37.

della certezza del diritto<sup>100</sup> finendo, attraverso le sue eccessive oscillazioni, per confondere ancora di più: distinguere tra piani diversi – quello generale e astratto del legislatore e quello particolare del giudice – che «si intrecciano ma non si toccano»<sup>101</sup> non può bastare.

L'esperienza ci dice che così non è.

In verità l'interpretazione autentica, al di là delle possibili angolature e degli isolati casi di «manutenzione legislativa»<sup>102</sup>, affonda le sue motivazioni esclusivamente nella politica<sup>103</sup>. E nella politica del diritto in special modo<sup>104</sup>. Si tratta – come lucidamente osserva Pugiotto – di una «*rivalsa*» del legislatore, la cui intenzione è troppo spesso dai giudici confinata a criterio interpretativo residuale. Rivalsa che vuole e può incidere su situazioni sostanziali e processuali, ancora pendenti o già esaurite. Poiché il vero destinatario dell'interpretazione autentica è il potere giudiziario. Poiché tale atteggiamento si vuole rivolgere non ai singoli destinatari, ma all'*applicatore* della norma. Che troppo, e forse male, decide, dando eccessivo spazio al dato letterale e nessuna rilevanza ai suoi *desiderata*<sup>105</sup>.

Tanta fatica per niente, verrebbe da esclamare! Perché al di là delle discussioni teoriche, dei tecnicismi e degli esempi chiamati a supporto del ragionare, quello che conta, alla fine di tutto, è solo *la realtà*.

Proviamo a spiegarci meglio: abbiamo preso in considerazione il più recente ed eclatante esempio di interpretazione autentica. Abbiamo sottinteso che

---

<sup>100</sup> Questa frammentazione è la cosiddetta «perdita di centro», che è «perdita di un senso complessivo». Così N. IRTI, *La formazione del giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), *La formazione del giurista. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 2 luglio 2004 presso l'Università degli Studi "La Sapienza"*, Milano 2005, p. 6.

<sup>101</sup> A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino 2001, p. 57.

<sup>102</sup> G. VERDE, *Giurisprudenza costituzionale e prassi delle leggi interpretative*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino 2001, p. 111.

<sup>103</sup> Per cogliere il significato autentico di politica e i suoi dannosi intrecci con il potere, si veda A. BERARDI, *Il diritto e il terrore. Alle radici teoriche della "finalità di terrorismo"*, Padova 2008, pp. 53-58.

<sup>104</sup> Che, in realtà, non pare possibile separare in maniera credibile dalla «politica dei politici». Cfr. F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, in F. VIOLA, V. VILLA e M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, p. 177.

<sup>105</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino 2001, p. 64 e ss. .



l'intervento legislativo governativo è certamente inopportuno. Che più che un decreto "salva-liste", ci sembra un provvedimento "salva-potere". Abbiamo, poi, denunciato la sua debolezza logico-giuridica. Neanche il tempo di sfogliare le pronunce del giudice amministrativo (in particolare, ma non solo<sup>106</sup>) – subito attivato con inutili sforzi di fantasia dei promotori – che ci si è, però, ritrovati a discutere del nulla. Nel senso che i giudici non hanno ammesso la lista alle votazioni.

E allora è davvero vincolante, così come si dice, questa interpretazione autentica? Comincia ad essere forse chiaro il motivo per cui abbiamo volutamente omesso di inserire, nei possibili autori dell'interpretazione autentica, la figura del giudice. Nonostante il parere contrario del Betti<sup>107</sup>.

Il giudice – per noi almeno – non è *all'interno* di questa categoria, ma *al di fuori e sopra* la stessa. È colui che non produce il fenomeno in questione, ma *lo governa*<sup>108</sup>. Soltanto la legislazione, con la sua libertà nella ricerca del fine, può creare nuove norme. Alla giurisdizione, che non a caso viene ancorata necessariamente all'obbligo di motivazione, dovrebbe spettare, invece, la loro conoscenza e applicazione<sup>109</sup>. Momento, quest'ultimo, a dir poco decisivo già di per sé e, ora più di allora, rafforzatosi ulteriormente (come vedremo più oltre).

---

<sup>106</sup> T.A.R. di Roma (Lazio), sez. II, 9 marzo 2010, n° 1119 e n° 1121; Corte d'Appello di Roma, 12 marzo 2010; Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2010, n° 1206; T.A.R. di Roma (Lazio), sez. II, 18 marzo 2010, n° 1239 e n° 477; Corte Cost. 18 marzo 2010, n° 107; Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2010, n° 1300 e n° 1302. Per una completa disamina, cfr. banca dati in <http://www.dejure.giuffre.it>

<sup>107</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 189.

<sup>108</sup> Scrive Carnelutti: «Ora che il legislatore domini e il giudice sia dominato è piuttosto apparenza che realtà. In realtà, come il diritto culmina nel giudizio, così il giudice finisce per giudicare anche il legislatore. Quante volte, soprattutto nei processi penali, la mia immaginazione ha collocato davanti al giudice il legislatore a fianco dell'imputato! Or quando il legislatore non riesce a scolparsi, il giudizio implica la sua condanna. Vi sono, naturalmente, giudici e giudici; né ciascun d'essi ha oggi il cuore del pretore romano; tuttavia un giudizio che non contenga una dose, grande o piccola, di correzione alla legge, è assai raro. Se questa santa soperchieria non si scopre quasi mai a occhio nudo, è frutto della consueta mascheratura, talora perfino inconsapevole, del giudizio critico ne' panni del giudizio storico: non potendo ribellarsi alla legge, il giudice finisce per ribellarsi alla storia». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 79-80.

<sup>109</sup> Per cogliere la distinzione "materiale" tra *legislazione* e *giurisdizione*, si veda R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino 1995, pp. 11-14.

Fino a suscitare quasi paura. Tanto da far ripensare all'immagine kelseniana della Gorgone del potere<sup>110</sup>.

Proprio dal pensiero del Betti<sup>111</sup> occorre allora ripartire: discorrendo in ordine alla *discrezionalità*, il Nostro distingue tra un livello «*massimo*» (la discrezionalità sovrana del legislatore) e uno «*minimo*» (la discrezionalità dell'Organo giurisdizionale o amministrativo)<sup>112</sup>. Quest'ultimo passaggio è proprio quello che intendiamo contestare, in quanto smentito dalla prassi: occorre, cioè, *capovolgere*, o quantomeno *livellare*, i due diversi piani<sup>113</sup>. Perché nel nostro esempio, *che è reale*, la lista dei candidati – lo ricordiamo ancora una volta – non è stata ammessa dai giudici.

Non sembra, peraltro, trattarsi di una novità dell'ultimo momento: secondo un importante filone giurisprudenziale, la qualificazione data dal legislatore attraverso l'interpretazione autentica *non* è vincolante per il giudice:

«*Resta tuttavia il potere dell'autorità giudiziaria anche nei confronti di una legge qualificata di interpretazione autentica di accertare se essa, alla stregua del suo contenuto, abbia natura interpretativa o innovativa*»<sup>114</sup>.

Che, anzi, potrà deciderne le funzioni:

---

<sup>110</sup> «...chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa della Gorgone del potere». La frase sarebbe stata pronunciata da Kelsen in un Convegno di diritto pubblico tenutosi intorno agli anni trenta per rispondere alla seguente domanda: “Che cosa c'è dietro il diritto positivo?”. Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 126 e ss. .

<sup>111</sup> L'opera bettiana è stata definita «monumentale» da N. ABBAGNANO, *Storia della filosofia*, IV, *La filosofia contemporanea*, Torino 1991, p. 577 e da G. BENEDETTI, *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano 1994, p. 19. Una vera e propria «impalcatura (...) tramite cui raggiungere la cima». Così M.M. FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 15.

<sup>112</sup> Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 193.

<sup>113</sup> Tuttavia anche per Modugno: «L'interpretazione giudiziale della legge prevale su ogni altra interpretazione ufficiale, *salvo che si tratti (...) di interpretazione autentica*» (corsivo redazionale). F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 298.

<sup>114</sup> Così Cass., sez. un., 1-10-1980, n° 5330, in “*Foro it.*”, I, 1980, p. 2402. La segnalazione è merito delle ricerche di A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 110 (nella nota 29).

«Per stabilire la funzione di interpretazione autentica di una norma di legge occorre prescindere dalla rubrica dell'articolo e considerare il significato letterale e razionale della disposizione...»<sup>115</sup>.

Non solo. In ordine ai giudizi pendenti è stato precisato che:

«La legge interpretativa ha piena cittadinanza nell'ordinamento giuridico italiano, a meno che non leda il giudicato già formatosi o non sia intenzionalmente diretta ad incidere sui giudizi in corso»<sup>116</sup>.

Insomma la discrezionalità «*minima*» sembra essere, invece, «*massima*» nei fatti<sup>117</sup>: «Il legislatore ha le insegne della sovranità; ma il giudice ne possiede le chiavi»<sup>118</sup>.

## 1.2. L'interpretazione giudiziale: l'odierna (ed eccessiva) confusione fra *ius condendum* e *ius conditum*.

L'interpretazione viene definita **giudiziale** se svolta da un giudice<sup>119</sup> nell'esercizio delle sue funzioni. Quando, cioè, il soggetto della giurisdizione viene chiamato a dirimere le controversie che possono essere di natura civile,

---

<sup>115</sup> Cass., sez. lav., 8-10-1990, n° 9899, in “*Foro it*”, 1990, p. 144 (con nota di I. AMBROSI). La segnalazione è merito delle ricerche di A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 110 (nella nota 29).

<sup>116</sup> Cons. Stato, sez. IV, 17-1-1995, n° 22, in “*Cons. Stato*”, I, 195, p. 24 e ss. (e in “*Foro Amm.*”, 1995, p. 40 e ss.). La segnalazione è merito delle ricerche di A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 110 (nella nota 31).

<sup>117</sup> Scrive Moro: «Quindi, c'è un modo di capire la norma che approda ad una precisazione nella forma di un'altra norma che si assume più chiara, anche se essa, inevitabilmente, è destinata ad essere a sua volta interpretata, perché il passaggio attraverso l'anello della catena che è costituito dall'interprete-giudice è inevitabile e, quindi, anche la più autorevole, reiterata e chiara manifestazione di volontà del legislatore non impedisce, non esclude l'intervento di quell'organo di mediazione chiarificatrice che è, appunto, l'organo dell'amministrazione». Così A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, p. 265.

<sup>118</sup> Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 80.

<sup>119</sup> Il termine “*giudice*” è qui inteso come rientrante nella più ampia espressione “*autorità giurisdizionale*”, il cui significato viene chiarito – mediante un opportuno richiamo alla giurisprudenza costituzionale – da Guastini. Cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino 1995, p. 100 e ss. .

penale o amministrativa indicando, di riflesso, il significato da attribuire ad una o più norme giuridiche<sup>120</sup>.

L'interpretazione giudiziale deve presentare – insegna Modugno – i seguenti caratteri tipici:

- Osservanza delle norme prodotte dalle fonti del diritto.
- Imparzialità<sup>121</sup> e terzietà<sup>122</sup>.
- Definitività e irretrattabilità della decisione<sup>123</sup>.

Questa attività dal valore – come già capito – *effettivamente* vincolante è sempre *successiva*<sup>124</sup>, ma – si badi – tutt'altro che *supina*, pur essendo dipendente<sup>125</sup> dalla legislazione in quanto sua applicazione<sup>126</sup>.

Si tratta, piuttosto, di una *collaborazione* «necessaria» (per la produzione del diritto oggettivo) ed «esclusiva» (perché prevale su ogni altra interpretazione) insieme<sup>127</sup>. Che poi lumeggia, in un certo qual modo, la prospettiva «processuale» del diritto<sup>128</sup>. E il suo *ideale* funzionamento, che proprio dialogo, e non primati, invoca: diritto e processo si attraggono come due poli diversi, rigenerandosi a vicenda. In questo moto circolare e perpetuo *vetera et nova* si alternano, con

---

<sup>120</sup> Per una panoramica sulle principali discussioni ideologiche e teoriche esistenti sull'argomento, si veda M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano 2003, p. 74 e ss. .

<sup>121</sup> Tale imparzialità viene definita «superiore» rispetto a quella degli Organi politici da I. TRUJILLO, *Imparzialità*, Torino 2003, pp. 278-284.

<sup>122</sup> Per un esame dell'essenziale indipendenza della funzione giurisdizionale, cfr. S. CASSESE, *Problemi delle ideologie dei giudici*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", n° 2, 1969, pp. 413-455.

<sup>123</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 293.

<sup>124</sup> «La giurisprudenza, dunque, interviene sempre *in seconda battuta*, si occupa solo della soluzione dei conflitti che i consociati *decidono* di sottoporre all'attenzione dei giudici. Non tutta l'esperienza giuridica passa perciò al vaglio giudiziale, ma solo i rapporti controversi». Così precisa F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 293.

<sup>125</sup> Agli albori del diritto «la legislazione, si direbbe oggi, non era separata dalla giurisdizione. Anche l'amministrazione, il governo, il potere esecutivo (secondo la terminologia moderna) furono alle origini emanazione dello stesso unico potere. La conquista della separazione delle funzioni sovrane, o, come anche si dice, dei poteri, è relativamente recente». Così G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, p. 11.

<sup>126</sup> R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino 1995, p. 12.

<sup>127</sup> Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 297 e ss. .

<sup>128</sup> Per coglierla, si rinvia alle osservazioni di E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993, pp. 285-306.

affanno. Senza trovare fissa dimora. Ora il processo si atteggia a scopritore di ciò che mancava; ora si trova sconfitto da una lettura evolutiva del medesimo diritto, che di colpo ri-occupa il ruolo del protagonista.

In verità *nessuno* (diritto e processo, così come tradizione e progresso) può governare nel lungo periodo in maniera esclusiva<sup>129</sup>: la realtà è troppo complessa per essere cristallizzata. Così come per essere totalmente rinnovata.

Invero la classica e netta contrapposizione tra *ius condendum* (il diritto non ancora codificato ma che, si auspica, lo sia quanto prima perché se ne sente l'esigenza) e *ius conditum* (il diritto già codificato e, quindi, vigente) non sembra trovare, da oramai diverso tempo, più cittadinanza nel costituzionalismo moderno<sup>130</sup>. Ma questo apparente beneficio, cela un preoccupante inconveniente: il giudice, raggiunta questa sospirata parità, non sempre pare accontentarsi. È come se il momento legislativo volesse tornare a prevalere su quello applicativo. Per *contaminarlo*. E con i suoi peggiori difetti<sup>131</sup>.

Il giudice, quando cede alla tentazione di «farsi lupo»<sup>132</sup>, baratta la sua principale funzione di equità<sup>133</sup> con il potere<sup>134</sup>. Pretendendo una “libertà”<sup>135</sup> che non

---

<sup>129</sup> «Sul piano logico il giudice che emettesse una sentenza in assenza di un preesistente apparato normativo si comporterebbe allo stesso modo in cui un matematico tirasse le somme senza conoscere gli addendi. Un calcolo senza senso il secondo, un'attività irrazionale la prima». Così S. SAGNOTTI, *La giuridicità tra norma e processo. Riflessioni sul metodo giuridico*, in S. SAGNOTTI (a cura di), *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Perugia 2005, p. 13.

<sup>130</sup> Contrariamente G. CARCATERRA, *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino 2007, p. 15.

<sup>131</sup> Per un esame dettagliato – peraltro dotato di un apparato bibliografico mai scontato – del rapporto esistente tra le diverse ideologie e il diritto e per cogliere le «insufficienze» della filosofia, cfr. F. VIOLA, *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, in F. VIOLA, V. VILLA e M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, pp. 167-224.

<sup>132</sup> F. CARNELUTTI, *Vita da avvocato*, Milano 2006, p. 53.

<sup>133</sup> Scrive Carnelutti: «I giuristi, qual più qual meno, hanno intuito fin dal principio codesta verità distinguendo lo *ius* dalla *aequitas* e concependo questa ultima come una giustizia, che non si lascia formulare in una legge. Il giudice, pertanto, quando deve giudicare secondo la legge, non può adattare esattamente la conseguenza alla causa, ma deve attribuire alla causa una conseguenza che non è la sua conseguenza e alla conseguenza una causa che non è la sua causa. In questi termini l'analisi del giudizio spiega il dramma del diritto. Il diritto ha necessità della legge per guidare gli uomini; ma la legge facendo deviare il giudizio devia il diritto dal suo fine». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 78-79.

<sup>134</sup> Ciò si mostra come evidente nei casi di “politicizzazione” della giustizia. Si consideri, come esempio, una pronuncia della Pretura di Milano del 1970 (cfr., altresì, il duro commento alla stessa di S. SATTÀ, *Ait praetor*, in “*Quaderni del diritto e del processo civile*”, III, 1970) richiamata in un sempreverde libro di Francesco Gentile: «Con la sua sentenza, il pretore milanese ha mandato

riguarda più *il fine* ma, ancor peggio, *l'azione*. Spesso scambiando lucciole per lanterne. Spesso dimenticando l'indispensabile «senso del tutto», proprio della sua difficile funzione<sup>136</sup>. E a poco servono l'obbligo di motivazione previsto per le sentenze<sup>137</sup> e le regole di condotta prescritte dai Manuali: la sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura insegna che chi sbaglia non sempre, o

---

assolti alcuni studenti accusati d'invasione arbitraria dei locali della Facoltà di lingue e letteratura straniere dell'Università Bocconi e di aver interrotto e turbato la regolarità delle lezioni e degli esami. Assoluzione perché "il fatto non sussiste". Quali gli argomenti? Secondo il pretore milanese gli studenti non potevano essere puniti a norma dell'art. 633 c.p. perché l'invasione prevista da questa norma deve essere arbitraria. Ora, osserva il magistrato, "*le occupazioni studentesche delle sedi universitarie non possono mai essere considerate arbitrarie. Se infatti si accettasse una diversa valutazione si dovrebbe ignorare il fatto che le università appartengono agli studenti, anzi soprattutto agli studenti*". Inoltre, continua sempre il magistrato, non si può imputare agli studenti la violazione dell'art. 340 c.p. (interruzione di pubblico servizio) perché, se è vero che "*la manifestazione ha provocato un ritardo nell'inizio degli esami, tale ritardo non può essere considerato interruzione di pubblico servizio perché l'azione studentesca aveva tra l'altro lo scopo che gli esami si svolgessero con commissioni regolari, rovesciando la deplorabile prassi vigente in base alla quale le commissioni, a causa del ridotto numero di docenti, non sono mai complete. Pertanto gli studenti non hanno agito illecitamente, ma hanno invece operato per una più completa attuazione della legge*". Così F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1984, pp. 208-209. Si veda altresì, dello stesso Autore, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano 2003, p. 134. A simili esiti sembra potenzialmente condurre la teoria frosiniana sull'interpretazione giudiziale. Lo segnala F. COSTANTINI, *Vittorio Frosini. Genesi filosofica e struttura giuridica della società dell'informazione*, Napoli 2010, pp. 416-417.

<sup>135</sup> Scrive Carnelutti: «Gli uomini, anche i giuristi, parlano continuamente di libertà senza scrutare nel fondo di questa immensa parola. Quando riusciamo a vederlo, una volta di più le idee si capovolgono e libertà, in luogo di fare ciò che, piace, è potere di fare ciò che non piace. Tra due uomini, che non hanno cibo sufficiente per l'uno e per l'altro, il più forte, quando uccide il più debole per mangiare da solo, non è un libero ma un servo; non la forza di uccidere, ma quella di sostenere l'altro, malgrado la propria fame, merita il nome di libertà. La libertà, insomma, non è potere sugli altri, ma su sé medesimo: non *dominium alterius*, sebbene *dominium sui*. Perciò all'antico aforisma: *ubi societas ibi ius*, conviene aggiungere: *ubi libertas ibi non ius*». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 19. Più precisamente: «*La libertà si compone (...) di tre elementi: (i) una capacità rispetto alla propria vita, (ii) una capacità rispetto alla società, e (iii) una capacità rispetto alla limitazione e/o strutturazione istituzionale delle due precedenti capacità (cioè rispetto all'autorità)*». Così M. LA TORRE, *Libertà*, in M. LA TORRE e G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Catanzaro 2000, p. 79. Per cogliere l'odierna ed errata concezione della libertà, si rimanda alle condivisibili considerazioni di M. MANZIN, *La barba di Salženicyn e la frammentazione dei diritti umani*, in "Persona y Derecho", 58, 2008, pp. 445-472, consultabile anche in <http://www.libertaepensiero.org>

<sup>136</sup> Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 77.

<sup>137</sup> Obbligo che può essere "contraffatto" attraverso l'uso (che rischia di diventare abuso quando c'è un generico rinvio a precedenti pronunce o quando non è possibile individuare il procedimento logico seguito dal giudice) della motivazione *per relationem*, ovvero con rinvio ad altra decisione del medesimo organo giudicante. Per un quadro generale, si veda Cass. civ. SS.UU. n° 14814, in <http://www.altalex.com>. Altro problema, poi, è quello delle cosiddette "massime mentitorie", che rischiano di stravolgere ulteriormente il già difficile quadro. Lo segnala D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 170.

troppo poco, paga<sup>138</sup>. Aveva allora forse ragione il giudice Holmes, secondo cui la decisione di una sentenza dipende da cosa il giudicante ha avuto per cena la sera prima?<sup>139</sup>

Nell'auto-proclamarsi «oracolo del diritto» e principale – quando non addirittura esclusivo – interprete dei valori e interessi della collettività, il giudice dimentica il suo *dovere di essere* e rende tutto più opinabile<sup>140</sup>. E a noi, potenziali fruitori, la vita più incerta e difficile<sup>141</sup>.

La troppa superbia azzera così la distanza tra quello che *si vorrebbe essere* e ciò che invece, umanamente, *si è*<sup>142</sup>. E dall'essere *creatura* all'atteggiarsi *creatore*<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup> «La condotta del Presidente del Tribunale consistita nel ripetuto ed insistente interessamento presso il Sostituto della locale Procura della Repubblica per un determinato procedimento da quest'ultimo seguito deve essere sanzionata con l'ammonizione, in considerazione dell'assenza di precedenti disciplinari dell'incolpato e della mancanza di prova di un effettivo condizionamento delle indagini». Proc. n. 83/2003 R.G. – Sentenza del 14.5.2004/5.10.2004 n.52/2004 Reg. dep. – Presidente Buccico – Estensore Salmè. E ancora: «Deve essere inflitta la sanzione disciplinare dell'ammonizione al Sostituto Procuratore della Repubblica riconosciuto responsabile degli addebiti relativi all'omesso interrogatorio dell'indagato in violazione dell'art. 415 bis, comma 3 c.p.p. e alle ingiuste accuse di collusione con gli indagati e di eccesso di potere rivolte con modi intollerabili al Procuratore della Repubblica, qualora, con riferimento al primo addebito, l'incolpato, accortosi dell'errore tecnico, abbia spontaneamente provveduto al compimento dell'atto e, con riferimento al secondo addebito, la condotta sia stata espressione di un'occasionale reazione emotiva determinata dal quadro complessivo della vicenda. (Nel caso di specie, la Sezione disciplinare ha fatto riferimento all'aggressione da parte degli indagati subita dal magistrato, alla complessità dei problemi investigativi e alle situazioni collaterali affrontate dall'incolpato da solo e senza la necessaria esperienza, trattandosi di uditore giudiziario con funzioni)». Proc. n. 87/2004 R.G. – Sentenza del 24.5.2005/12.10.2005 n. 64/2005 Reg. dep. – Presidente Marotta – Estensore Arbasino. Cfr. *Massimario delle decisioni* (sezione disciplinare), anni 2004-2005, in *Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura*, n° 149, pp. 221-222, consultabile al sito <http://www.csm.it>. Decisamente più morbida la posizione espressa da G. BIANCONI, *CSM, 1282 giudici sotto processo*, in *Corriere della sera* del 22 dicembre 2008, pp. 10-11, nonché in <http://www.corriere.it>

<sup>139</sup> Lo ricorda M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 49 (nella nota 143).

<sup>140</sup> A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 122.

<sup>141</sup> Così dimostra, attraverso una rapida quanto incisiva carrellata giurisprudenziale, F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2001, pp. 594-595.

<sup>142</sup> Scrive Calamandrei: «Grave peccato per il giudice è la superbia; ma forse è una malattia professionale. Non so se vi siano giudici che quando giudicano si credono infallibili; ma, se ce ne sono, è giusto riconoscere che il nostro rito giudiziario, e più il nostro costume forense, sembra fatto apposta per indurre il giudice in tentazione di orgoglio. La solennità dell'udienza, le toghe colle nappe dorate, il segreto mistico della camera di consiglio, la unanimità istituzionale della sentenza, ed anche le formule di tradizionale ossequio con cui gli avvocati chiamano i giudici "eccellentissimi", e le loro frasi di esagerata umiltà, "voi mi insegnate", "io ricordo a me stesso", "la vostra illuminata sapienza" e così via. Tutto questo concorre a dare ai giudici una opinione di sé forse un po' superiore alla realtà. Senza volere, tutte quelle cerimonie producono intorno a loro un'atmosfera da oracoli. La professione dell'avvocato è invece maestra di modestia: non c'è causa in cui il difensore non si trovi di fronte l'avversario che lo rimbecca: qualunque cosa dica, deve

l'unica certezza è quella di ritrovarsi, prima o poi, in una triste palude, che si chiama solitudine. E che – quando si parla di un uomo – significa disperazione.

Oggi occorre certamente considerare suoi ruoli «meno giuridici» (psicologici e pedagogici) rispetto al passato a patto, però, di prevedere anche eventuali responsabilità e successive forme di riparazione<sup>144</sup>. Questa volta, possibilmente, realizzabili.

Eppure nei luoghi dove si amministra la giustizia domina la scritta: “*La legge è uguale per tutti*”<sup>145</sup>, quasi a volerci rassicurare. Ma è proprio una più attenta lettura dell’articolo 3 della Costituzione – a cui palesemente si ispira tale adagio<sup>146</sup> – a metterci in allarme. Nel senso che gli uomini sono senza dubbio

---

essere preparato a sentirsi ribattere che è un errore, o magari una scempiaggine o addirittura una menzogna. Anche ad ammettere che l’avvocato vinca il cinquanta per cento delle cause che difende, basta l’altro cinquanta per cento a dimostrargli che non è infallibile: e a consigliargli di stimar l’avversario che è stato più bravo di lui. Questa diversa scuola di orgoglio o di umiltà si vede a occhio nudo nei magistrati a riposo che si mettono a far gli avvocati; i quali portano con sé, anche sotto la toga del difensore, l’abito mentale di chi fino a ieri ha considerato come irriverenza ogni confutazione. Un ex-magistrato che si era messo a far l’avvocato, si lasciò sfuggire, in un diverbio col suo avversario, questa frase imprudente: “Si ricordi che io sono stato presidente della corte!”. “Caro collega – disse l’avversario – fino a che eri presidente, eri infallibile; ma da quando sei diventato avvocato, bisogna che tu ti rassegni ad ammettere di poter sbagliare. Come magistrato eri un dio: come avvocato sei un uomo”: errare *humanum est*. Così P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato*, Milano 2008, pp. 59-60.

<sup>143</sup> «Sono coloro che stanno al vertice della vita intellettuale, i quali pretendono di essere creatori in luogo di creature. La superbia li anima al punto da far loro dimenticare che se l’uomo, come dicono, è un *soggetto*, il suo carattere deve essere la *soggezione*, non la *sovranità*». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 48.

<sup>144</sup> L’intuizione del giudice inteso come «operatore sociale» è di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, pp. 623-625.

<sup>145</sup> Nelle vecchie aule di giustizia c’era anche il crocifisso. Coppi a tal proposito ricorda: «Oggi è difficile trovare con la stessa frequenza il crocifisso nelle aule e questo mi dispiace, e non dal punto di vista religioso. Io penso invece che il Cristo nell’aula di giustizia ci stesse bene proprio perché esso è un simbolo che ricorda come anche un giusto possa essere condannato ad una pena, possa ricevere una condanna ingiusta e crudele. Penso che potesse essere considerato un simbolo di come il processo si possa risolvere spesso in una farsa, possa risolversi in un alibi utile per nascondere la prepotenza e la viltà del potere, la paura che il potere ha della verità». Cfr. F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all’inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>;

<sup>146</sup> Secondo alcuni Autori tale solenne affermazione deve essere fatta risalire esclusivamente al criterio dell’imparzialità di cui all’articolo 97 della Costituzione. In tal senso A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 1985, pp. 13-14. Tuttavia va ricordato che «la giurisprudenza costituzionale sviluppatasi a partire dalla fine degli anni cinquanta dimostra in termini non più controvertibili che l’eguaglianza va ormai concepita come un vincolo comune a tutte le leggi ordinarie, quali che ne siano i destinatari ed i contenuti normativi». Così L. PALADIN, in *Diritto costituzionale*, Padova 1998, p. 167.



diversi; nel caso contrario saremmo costretti a trattare paradossalmente allo stesso modo i rei e gli onesti, i debitori e i creditori, gli attori e i convenuti *etc.*<sup>147</sup>.

Questo ci consente di pensare *anche* alla diversità dei giudici<sup>148</sup>.

Ma se i giudici sono tra di loro diversi, tale situazione deve incidere, se la logica ha ancora una sua spendibilità<sup>149</sup>, sull'eguaglianza di fronte alla legge. E ciò significa che l'applicazione di una norma cambia a seconda di chi presiede il caso, perché ogni uomo è il prodotto della sua storia, delle sue esperienze e, come qui maggiormente interessa, della sua cultura giuridica<sup>150</sup>.

Il tutto è comunque ampiamente previsto: non a caso il nostro sistema processuale delle impugnazioni risulta essere fondato su tale presupposto<sup>151</sup>, anche perché è spesso la stessa legge ad incoraggiare, con imbarazzanti smagliature<sup>152</sup>, tale diversità<sup>153</sup>.

---

<sup>147</sup> Così L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, p. 167. Per una efficace carrellata sul principio di eguaglianza, dalla tradizione filosofica greco-classica fino ad arrivare al complesso dibattito contemporaneo, nonché per approfondire non scontati riferimenti bibliografici, si veda G. ZANETTI, *Uguaglianza*, in M. LA TORRE e G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Catanzaro 2000, pp. 9-29. Interessante il parallelismo tra eguaglianza e libertà proposto da A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli 2004, pp. 1459-1485.

<sup>148</sup> «Esistono quattro categorie di giudici: giudici senza cuore e senza testa; giudici con il cuore ma senza testa; giudici che hanno la testa ma non hanno il cuore; e finalmente c'è un drappello di giudici, i quali hanno tanto la testa quanto il cuore». Cfr. F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all'inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>

<sup>149</sup> Occorre ricordare sempre «...l'interdipendenza che esiste tra logica e realtà, nonostante non si possa ridurre l'una all'altra». Così G. PASQUALE, *Il principio di non-contraddizione in Aristotele*, Torino 2008, p. 24.

<sup>150</sup> «Dio, quando Mosè gli domandò: “come ti chiami, Signore?” rispose: “Io sono Colui che è”. Colui che è. Ciascuno di noi è quello che è. Davvero? Ciascuno di noi è colui che è e non è colui che non è. Un uomo è quell'uomo, non un altro uomo. Non l'essere, bensì l'essere e non essere è la verità dell'uomo e, del resto, di tutte le cose. Un cavallo non è un cane. Una rosa non è una viola. Io non sono tu. Dio solo è *senza non essere*. Dio solo è non solamente tutto il creato, sibbene tutto il creato e tutto l'increato. Ciò vuol dire: Dio è il tutto e l'uomo o qualsiasi altra cosa è una parte». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 102.

<sup>151</sup> «Che senso avrebbe l'Appello o la Cassazione se pensassimo che tutti i giudici giudicano alla stessa maniera e quindi che il giudice d'Appello non potrebbe che decidere come quello di primo grado e la Cassazione avvallare le decisioni dei giudici di merito? Abbiamo ideato uno strumento, le Sezioni Unite della Cassazione, perché addirittura a livello di Cassazione le sentenze possono essere diverse». Cfr. F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all'inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>

<sup>152</sup> Si pensi, ad esempio, all'articolo 734 del Codice penale, che si occupa di “*Distruzione o deturpamento di bellezze naturali*”: «Chiunque, mediante costruzioni, demolizioni, o in qualsiasi altro modo, distrugge o altera le bellezze naturali dei luoghi soggetti alla speciale protezione dell'Autorità, è punito con l'ammenda da 1.032 euro a 6.197 euro» (corsivo redazionale).

<sup>153</sup> «Pensate a due esempi banali, alle prime due disposizioni in materia di circostanze aggravanti e attenuanti: i motivi abietti e futili da una parte, e dall'altra i motivi di particolare

La questione presenta, però, una *pericolosità sociale* estrema<sup>154</sup>.

Bisognerebbe avere, come difesa, giudici capaci – direbbe Coppi – di «volare alto»<sup>155</sup>.

Tralasciando l'impossibile, ci accontentiamo di promuovere l'idea della controversia intesa come misura dialettica, anziché conflitto<sup>156</sup>. Poiché l'ordinamento giuridico non dovrebbe essere mai inteso come strumento di controllo sociale<sup>157</sup>, bensì come modo di comunicazione civile<sup>158</sup>.

Ma come realizzare concretamente ciò? A nostro modo di vedere, per non alterare questo già precario equilibrio, occorrerebbe sostituire – attraverso una seria e aperta riflessione – il principio del divieto di *non liquet*<sup>159</sup> con quello della

---

valore morale e sociale. Non è forse vero che disposizioni di questo genere impegnano il giudice nella totalità della sua personalità e gli impongono di misurarsi con la storia?». Cfr. F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all'inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>

<sup>154</sup> «Se uno storico dell'arte sbaglia nell'attribuire un quadro e lo dà a Giorgione anziché a Picasso, il quadro sta sempre lì, lo possiamo ammirare indipendentemente dall'etichetta che c'è sotto; poi ci sarà un altro storico che rimetterà le cose a posto, ma non muore nessuno. Il giudice che sbaglia nell'applicazione della legge può uccidere una persona». Cfr. F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all'inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>. Scrive Carnelutti: «Tuttavia, a pensarci, anche la condanna di un innocente può servire al bene. Il più grave degli errori giudiziari è stato, certamente la crocifissione di Cristo; ma se quello che si chiama il buon ladrone non avesse veduto quell'innocente spasimare sulla croce, si sarebbe pentito?». Così F. CARNELUTTI, *Il segreto della vita*, Torino 1959, p. 56.

<sup>155</sup> «Noi vorremmo un giudice veramente calato nella storia, immerso nei valori, capace di attingere dai valori che la coscienza comune esprime in un determinato momento. Soltanto un giudice capace di volare alto è un giudice capace di esercitare la più necessaria, ma anche la più socialmente pericolosa, delle attività che si possono realizzare». Cfr. F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all'inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>. La sua allieva di toga Bongiorno, a tal proposito, in un suo scritto divulgativo scrive: «Se fossi un giudice, ora che sono stata avvocato non oserei sbadigliare mentre un difensore pronuncia la sua arringa, lo sbadiglio è una cannonata che disintegra in pochi istanti ore e ore di sofferenza: ecco perché il giudice ideale per me non è solo il famoso giudice "terzo". Per me il giudice ideale è colui che almeno una volta nella vita ha preparato un'arringa». Cfr. G. BONGIORNO, *Nient'altro che la verità*, Milano 2005, p. 138. p. 15.

<sup>156</sup> F. GENTILE, *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, Padova 2001, p. 47, nonché, dello stesso Autore, *Il processo e la conversione del conflitto*, in A. BERARDI (a cura di), *Il processo e la conversione del conflitto. Relazioni ed interventi dell'incontro di studi, nel trentesimo anniversario dell'omicidio di Fulvio Croce*, Padova 2009, pp. 93-113.

<sup>157</sup> M. COSSUTTA, *Formalismo giuridico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuka e Pašukanis*, Napoli 1992, pp. 65-72.

<sup>158</sup> F. GENTILE, *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, Padova 2001, p. 12.

<sup>159</sup> Tale principio venne espressamente sancito nell'articolo 4 del Codice napoleonico, che si riporta per memoria: «Il giudice che rifiuterà di giudicare sotto il pretesto del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, potrà essere accusato come colpevole di denegata giustizia». Sul punto scrive Laurent: «Perché il giudice deve necessariamente giudicare, anche quando la legge è

*domanda*: la giustizia deve essere *domandata*. E il giudice deve *rispondere* senza dare qualcosa di diverso, perché questo vorrebbe dire *imporre* ciò che non è stato chiesto.

Il giudice dovrebbe sempre e solo pronunciarsi sul *come*, sul *quando* e sul *quanto*, attraverso una perfetta corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

A questo non guasterebbe aggiungere una effettiva misurazione della produttività<sup>160</sup>; una minore influenza delle correnti politiche interne<sup>161</sup>; una maggiore meritocrazia in rapporto al trattamento economico<sup>162</sup>; la separazione degli ordini (le cosiddette carriere) tra giudici e pubblici ministeri; una maggiore mobilità<sup>163</sup>; il divieto di candidarsi negli stessi luoghi in cui un magistrato ha esercitato la giurisdizione o è stato titolare di delicate indagini<sup>164</sup>; il divieto, a maggior ragione, di tornare dalla politica attiva alla toga.

---

oscura, insufficiente o muta? Quando vi è una legge, per oscura che sia, l'obbligo che il codice impone al giudice è chiaro. È precisamente perché le leggi sono spesso oscure che il ministero del giudice è organizzato: esso è chiamato ad interpretarle secondo le regole della scienza di cui fa lo studio *della sua vita*. Se la legge è chiara, non v'ha mestieri di processo, perché, dice Portalis, non si litiga contro un testo preciso di legge» (corsivo redazionale). Così F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 245. Secondo alcuni Autori, tale principio è rinvenibile anche nel nostro attuale ordinamento nell'articolo 12 delle preleggi, nella parte in cui si prescrive il ricorso ai principi generali del diritto per la soluzione delle controversie. In tal senso, cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, p. 229.

<sup>160</sup> Controllo che non dovrebbe interessare le singole porzioni di lavoro, bensì i risultati. Non solo. Essendo i casi trattati dai giudicanti sempre diversi tra loro, sembra opportuno preferire un approccio qualitativo, anziché quello quantitativo. Ad esempio: quante sentenze di primo grado emesse dal giudice Tizio vengono, in secondo grado, riformate?

<sup>161</sup> L'Associazione nazionale magistrati (ANM), a cui aderisce l'oltre 90% della magistratura (che è così la categoria più sindacalizzata d'Italia!) ha quattro correnti: Unità per la Costituzione (detta Unicost), Magistratura Democratica, Magistratura Indipendente e Movimento per la Giustizia. Secondo il Presidente di Magistratura Indipendente Schirò, la vigente legge elettorale del CSM, basata sul sistema maggioritario (che mira a stabili alleanze) e non su quello proporzionale (che darebbe, invece, spazio a magistrati che non si identificano in specifici schieramenti), non ha fatto altro che rafforzare il correntismo. Cfr. S. SCHIRÒ, *Il CSM è in balia delle correnti e i magistrati devono ammetterlo*, in <http://www.loccidentale.it>

<sup>162</sup> Si ricorda che tutti i magistrati raggiungono il vertice della carriera (cioè la qualifica di mag. di Cassazione con f.d.s.) al ventottesimo anno di anzianità di servizio.

<sup>163</sup> Si ricorda che i magistrati possono esercitare la loro professione nella stessa città per tutta la durata della loro carriera.

<sup>164</sup> Emblematico il caso del PM Nicastro che, dopo aver indagato per nove anni sull'ex Presidente della Regione Puglia Raffaele Fitto (centrodestra) per vari capi d'accusa, è stato eletto, nelle ultime elezioni regionali, tra le fila dello schieramento politico opposto (centrosinistra).

### 1.3. L'interpretazione dottrinale e la sua (a volte dubbia) credibilità.

L'interpretazione viene definita **dottrinale** (oppure *dei giuristi*<sup>165</sup>, o *professorale*<sup>166</sup>) se fatta dai cultori del diritto. Dagli studiosi del diritto, per finalità scientifiche, didattiche, pratiche.

Si pensi, ad esempio, agli articoli e ai saggi pubblicati sulle riviste giuridiche specializzate dai professori universitari e dai ricercatori (in particolare), più modestamente dai loro collaboratori di Cattedra, dagli operatori del «*saper fare*»<sup>167</sup> (avvocati, giudici), fino ai semplici appassionati della ricerca<sup>168</sup>. Ciò rientra nelle cosiddette *interpretazioni private*, non tipizzate dall'ordinamento, eppure dotate di una «qualche autorità di fatto»<sup>169</sup>. Anche se *sciapita*, rispetto al passato<sup>170</sup>. E infatti si fatica non poco per rintracciare sue notizie dettagliate negli scritti dedicati all'interpretazione giuridica.

L'interpretazione dottrinale presenta, secondo la nostra modesta opinione, alcune problematiche dimenticate e che invece sono, a ben vedere, decisive. E lo sono in quanto collegate alla genuinità e, quindi, alla stessa *credibilità* di tali interpretazioni.

Anzitutto va confessato che l'interpretazione di tali soggetti qualificati è spinta, spesso e volentieri, da esigenze concorsuali più che dalla ricerca della chiarezza. Che, anzi, a volte sembra *scientificamente* evitata. E specialmente – va ammesso – nella nostra disciplina<sup>171</sup>.

---

<sup>165</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 248.

<sup>166</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, pp. 175-176.

<sup>167</sup> Per coglier la differenza tra “*sapere*” e “*saper fare*”, si rimanda alle considerazioni proposte da N. IRTI, *La formazione del giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), *La formazione del giurista. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 2 luglio 2004*, Torino 2005, pp. 3-12. Si veda, altresì, quanto osserva C. LUZZATI, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino 2010, pp. 18-22.

<sup>168</sup> In alcuni ordinamenti tale interpretazione è stata giuridicamente tipizzata. Così è, ad esempio, per il codice civile elvetico (art. 1). Analoga previsione è contenuta nell'art. 38, n° 4 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Così segnala F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 248-249.

<sup>169</sup> Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 249.

<sup>170</sup> Infatti «...negli ordinamenti più antichi la *interpretazione dei giuristi* aveva un preciso e riconosciuto ruolo: nel diritto comune l'*interpretatio* era una vera e propria *fonte del diritto* in tutte le materie non direttamente disciplinate dalla *lex*». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 249.

<sup>171</sup> Celebre la polemica scatenata da Benedetto Croce, secondo cui la filosofia del diritto sarebbe un «*filosofico ircocervo*» e i filosofi del diritto, di conseguenza, dei «giuristi mal riusciti e

Non solo. Questo tipo di interpretazione non sembra essere realmente *libera*, ma invece ostaggio dell'*originalità ad ogni costo*. Invero l'*originalità* è il primo parametro richiesto nei concorsi di chi decide di intraprendere la carriera accademica. E, a causa dell'*originalità non spontanea*, fiumi di inchiostro sono andati sprecati.

L'*originalità*, come se non bastasse, deve essere *continuativa*. Come se fosse possibile partorirla “a comando” e non quello che, invece, è: il raro frutto di una *scintilla*.

Per essere ancora più chiari: in questo ambito, a volte, più che la qualità sembra volersi premiare la quantità. Le pagine, con il loro numero, sono diventate più importanti delle idee.

Una volta si scriveva un solo libro nella vita. Proprio perché scrivere un libro richiedeva *quasi* una vita. Oggi, invece, *si deve* scrivere un libro mediamente ogni tre anni. Non farlo significa rimanere fuori dalle Università<sup>172</sup>.

Risultato: si riassume e si compendia cercando quantità, illudendosi che quella sia ricerca. *Da una parte*, quindi, si pretende *originalità*. *Dall'altra*, invece, si fa di tutto per allontanarla! E questo giustifica la scarsa importanza sovente riconosciuta a questa forma di interpretazione. Che basta a se stessa. Ma non sempre a capire la “*vera realtà*”<sup>173</sup>.

---

dei filosofi non ben riusciti». Così ricordano A. BERARDI, G. CARUSO, F. CASA, G. FERASIN e T. G. TASSO, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. XI (*II Prefazione*). Tuttavia risponde Gentile: «Se l'ircocervo rappresenta plasticamente lo strano miscuglio in cui si risolve la filosofia del diritto quando rimanga irretita nel preconconcetto astratto della separazione, per non dire dell'estraneità, di essere e di pensiero, tematizzata in vario modo dalla filosofia moderna, dalla positivista come dalla materialista, d'altra parte, ad un'attenzione radicalmente problematica, quale solo un'attitudine autenticamente filosofica consente, l'ircocervo è significativo di come proprio il caso giuridico implichi la concreta intuizione del rapporto dialettico fra ciò che deve essere e ciò che è, fra teoremi e prassi. Sin dal primo momento del suo costituirsi, quando l'uomo *advoca* il giurista per mettere ordine nelle sue relazioni con gli altri e questi gli fornisce aiuto mediante la rappresentazione di quello che gli spetta, da *iuratus*». Così F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008, p. 50. Si veda, dello stesso Autore, *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, in D. CASTELLANO e G. CORDINI (a cura di), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Quaderni della Rivista “*Il politico*”, n° 39, Milano 1994, pp. 17-32.

<sup>172</sup> Per cogliere altri e – nonostante il passare del tempo – purtroppo ancora attuali problemi delle Università italiane, si rimanda alle osservazioni (critiche e statistiche) di L. CAIANI, *Problemi dell'università italiana*, Milano 1955, pp. 13-138.

<sup>173</sup> Non a caso Modugno – facendo proprio il pensiero di Guastini – distingue tra interpretazione autentica «*cognitiva*» (che accerta, rileva e descrive) e quella «*decisoria*» (che

Il *saper fare* non sembra aver un *bisogno indispensabile* della dottrina<sup>174</sup>. Specialmente quando si cerca proprio l'unica cosa che quest'ultima, ad oggi almeno, non sembra poter sempre offrire: una diversa, ma sincera, valutazione del mondo reale. Che anziché essere, attraverso utili intuizioni, *anticipato* viene invece, il più delle volte, *inseguito*.

E la dottrina ha creduto, ingenuamente, di poter fare quasi da sola. Opponendo un prestigio che sembra essere, per certi versi, oramai decaduto<sup>175</sup>.

Guardiamo i fatti: chi sono gli attuali grandi nomi della dottrina giuridica? Quasi in maniera esclusiva quelli che hanno mantenuto, direttamente o indirettamente, contatti con la realtà delle aule di giustizia<sup>176</sup>. Chi, per converso, si è chiuso nella propria biblioteca ad elaborare teorie, per poi illustrarle solo alla propria corte di fedeli, ha finito per diventare auto-referenziale e, proprio per questo, non credibile<sup>177</sup>.

La dottrina deve tornare ad essere libera, sinceramente originale, non legata ai numeri e alla quantità. Soltanto in questo modo sarà considerata spendibile, in quanto conforme a *ciò che è veramente*<sup>178</sup>. Poco importa, poi, se continuerà a non

---

propone e decide di attribuire un dato significato), nonché tra interpretazioni «*in astratto*» e quelle «*in concreto*». Per concludere che «l'interpretazione in astratto non può che essere cognitiva; l'interpretazione in concreto non può che essere decisoria». Pertanto l'interpretazione dottrinale può essere «*orientata ai testi*» ovvero «*orientata ai fatti*». Cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 251-256.

<sup>174</sup> Un esempio in tal senso ci viene fornito da A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 54. Il problema viene percepito, altresì, da D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 170.

<sup>175</sup> La dottrina è, per converso, ritenuta *particolarmente autorevole* per le sue «costruzioni dogmatiche e sistematiche che (...) condizionano le attività interpretative di ogni specie» da F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 249.

<sup>176</sup> «...i filosofi del diritto continuano a non frequentare i Tribunali, vittime della convinzione che comunque si tratterebbe del luogo in cui operano i “pratici” quand’anche i “praticoni”, così dimenticando che, invece, con più forza, e comunque con il medesimo vigore da almeno duemila anni, lì pulsa violenta, l’esperienza giuridica (...)». Così osservano A. BERARDI, G. CARUSO, F. CASA, G. FERASIN e T. G. TASSO, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. XI (*II Prefazione*).

<sup>177</sup> «Al penultimo convegno della Società italiana di filosofia politico-giuridica svoltosi a Macerata, Natalino Irti, divertito, si domandava come possano i filosofi del diritto discettare di teoria generale dell’arbitrato senza aver mai preso parte ad uno». Così ricordano A. BERARDI, G. CARUSO, F. CASA, G. FERASIN e T. G. TASSO, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. XI (*II Prefazione*).

<sup>178</sup> Poiché – come osserva Platone – «la legge aspira ad essere una scoperta della realtà». Così PLATONE, *Minosse*, 315 A-B, in G. REALE, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, pp. 1438-1441.

essere esplicitamente citata<sup>179</sup> dalla giurisprudenza che, ai sensi dell'articolo 118 Disp. prel. Codice di procedura civile, prevede in tal senso un divieto normativo: il suo segno sarà, questa volta davvero, nei fatti.

La consapevolezza di essere solo un novello, presente nell'animo di chi scrive, non è riuscita a fermare queste, forse troppo dure, considerazioni: sarà perché quello che si critica spesso coincide con *quello che più si ama*. Sia tutto preso allora per ciò che è o, meglio, per ciò che vorrebbe essere: una riflessione, magari errata e ancora troppo acerba, su qualcosa che, però, si vuole, e in ogni caso, *abbracciare*.

#### *1.4. L'interpretazione ufficiale e il suo ristretto ambito.*

L'interpretazione viene, infine, definita **ufficiale** se svolta dai pubblici funzionari dello Stato (e quindi «da un organo del potere pubblico “inferiore” a quello che ha prodotto l'atto da interpretare...»<sup>180</sup>) nell'ambito delle loro competenze istituzionali.

A differenza dell'interpretazione dottrinale, quella ufficiale risulta essere giuridicamente tipizzata, anche se in maniera ancora labile e confusa; tanto da far dubitare, in alcuni casi, sulla sua stessa efficacia<sup>181</sup>. Che pare, comunque, piuttosto ristretta.

Si pensi, ad esempio, ai pareri consultivi (giuridicamente non vincolanti) del Consiglio di Stato ai sensi dell'articolo 100 della Costituzione<sup>182</sup>; alle circolari amministrative (dall'efficacia “interna”<sup>183</sup>) che, attraverso le direttive

---

<sup>179</sup> Se non attraverso espressioni del tipo “secondo migliore dottrina”, “secondo la dottrina prevalente” etc.

<sup>180</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 258.

<sup>181</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 257.

<sup>182</sup> Sul punto si rinvia, ancora una volta, a F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 260-264.

<sup>183</sup> «Trattandosi di atto endogeno alla PA, l'incidenza nei confronti di rapporti esterni ad essa è, dunque, solo indiretta e successiva, con la conseguente possibilità d'impugnare dinanzi al giudice amministrativo non la circolare, ma solo gli atti che ne costituiscono diretta applicazione, in quanto solo questi ultimi sono dotati di efficacia lesiva. L'impugnazione della sola circolare interpretativa non è perciò possibile, per carenza di interesse concreto da parte del ricorrente, ma anche per difetto assoluto di giurisdizione, non potendo il giudice intervenire su un atto interno all'Amministrazione senza che ciò comporti anche una violazione della riserva di Amministrazione». Così M. ARIANO, *Riflessioni a margine della sentenza n. 23031 del 2 novembre*

interpretative e le prescrizioni enunciate, determinano una vera e propria *prassi interpretativa* volta ad assicurare una certa *uniformità* che, se non rispettata, può comportare – come già notava il Cammeo – un eccesso di potere provocato da una disparità di trattamento<sup>184</sup>; ai regolamenti interpretativi di leggi che, pur essendo fonti del diritto secondarie, possiedono una funzione interpretativa di leggi ed atti ad esse equiparati<sup>185</sup>.

### 1.5. *L'interprete (impersonale per legge).*

Per quanto detto in ordine ai soggetti dell'interpretazione, possiamo ora meglio comprendere la figura dell'**interprete**.

Chi è l'interprete? La risposta non può che essere la seguente: *chiunque*, tecnico o meno, si trovi ad affrontare un testo normativo per ricavarne significati in grado di individuare la concreta sfera di applicazione<sup>186</sup>.

Insomma l'uomo «merita» la qualifica di soggetto quando si mostra «capace di osservare»<sup>187</sup>.

A differenza del mondo greco-romano – che restringeva il campo dei soggetti legittimati all'interpretazione del diritto<sup>188</sup> – nell'odierno tessuto sociale, pur essendoci un diverso peso d'autorità, si è fatto – non si sa quanto consapevolmente – questo primo passo verso il traguardo della *coesistenza*.

E questa nobile originaria intenzione non va sprecata.

La conferma di ciò può essere estrapolata dallo stesso articolo 12 delle preleggi, di cui parleremo in maniera più approfondita a breve. Nel senso che il legislatore, comunicando in modo *impersonale* – attraverso le espressioni «*si ha riguardo*»,

---

2007 delle Sezioni Unite della Cassazione sulle circolari amministrative interpretative, in <http://www.dplmodena.it>

<sup>184</sup> Per un completo approfondimento, peraltro ricco di esempi, si veda F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 264-269.

<sup>185</sup> Per cogliere la differenza tra i diversi tipi di regolamenti e la complessa dinamica dei loro problemi, cfr. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 269-290.

<sup>186</sup> Secondo Fracanzani, invece, per conoscere la figura dell'interprete occorre anzitutto stabilire se l'interpretazione deve essere intesa «come risultato da raggiungere, già prestabilito, oppure come un “farsi” tramite l'interprete della norma medesima, come ricerca da condurre». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 44.

<sup>187</sup> In tal senso F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 45.

<sup>188</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 241 e ss. .



«*si decide*» – sembra voler appunto dire che ha diritto di interpretare colui che, in generale, *deve* decidere<sup>189</sup>. Mediando<sup>190</sup> e attualizzando<sup>191</sup>, attraverso il suo «spirito vivente e pensante»<sup>192</sup>.

## 2. I mezzi dell'interpretazione: anatomia dell'articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale.

L'interpretazione può essere classificata, in secondo luogo, *secondo i mezzi adoperati per farla*.

Tecnica e politica – nonostante la diversità d'intenti<sup>193</sup> – si sono tradizionalmente preoccupate di fissare regole ed elaborare criteri idonei a guidare l'attività dell'interprete, in modo da scongiurare, o comunque sensibilmente ridurre, il rischio di decisioni puramente arbitrarie.

Proprio questo sembra essere il compito che, nel nostro ordinamento giuridico, è stato riservato all'articolo 12 delle preleggi<sup>194</sup>.

Il legislatore ha voluto così proporre una vera e propria *logica preconstituita*, per meglio far comprendere la sua volontà riprodotta nel materiale legislativo.

Lo studio dell'articolo 12 si mostra, pertanto, come *essenziale*.

---

<sup>189</sup> Così osserva G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 66. Segnaliamo, tuttavia, l'esistenza di una contraddizione interna alla norma che, attraverso il suo *incipit*, utilizza il termine «applicare», quasi a voler privilegiare in maniera esclusiva la figura del giudice.

<sup>190</sup> «Interpretare. La parola esprime l'idea di una mediazione e con essa di una congiunzione». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 55.

<sup>191</sup> M.M. FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 21.

<sup>192</sup> E. BETTI, *Di una teoria generale dell'interpretazione*, in “*Riv giur. umbro-abr.*”, XXXIII, 1957, p. 319 e ss. .

<sup>193</sup> Diversità che è possibile cogliere attraverso un esame dei lavori preparatori delle preleggi. Sul punto cfr. A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 25.

<sup>194</sup> Le preleggi sono composte, oggi (in origine le preleggi erano trentuno, ma gli artt. 17-31 sono stati abrogati dall'art. 73 della legge 31 maggio 1995, n° 218, recante la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato), da due sezioni: nel capo primo, che va dall'art. 1 all'art. 9, il legislatore delinea le fonti del diritto attraverso una vera e propria gerarchia che contempla leggi, regolamenti ed usi; nel capo secondo, che va dall'art. 10 all'art. 15, si interessa dell'obbligatorietà, degli effetti nel tempo e dell'interpretazione della legge. Per un completo approfondimento del tema, cfr. F. SANTORO PASSARELLI, sub voce *Preleggi*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino 1966, p. 624. Per riferimenti storici e comparativi, cfr. R. QUADRI, *Le disposizioni preliminari dei codici civili*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, Napoli 1972, p. 505. Per un diverso approfondimento sulla problematica comparativa, si veda A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 37 (nella nota 41).

Qualcuno, non a caso, è arrivato a definirlo «una norma sulla norma»<sup>195</sup>. Nel senso che si tratta di una norma che è sì contenuta nei titoli preliminari del Codice civile ma che, in realtà, deve essere utilizzata *per ogni norma* del sistema. E infatti i titoli preliminari<sup>196</sup> hanno un innegabile valore costituzionale<sup>197</sup>, avendo una funzione razionalizzatrice di tutto l'ordinamento<sup>198</sup>: le preleggi sarebbero «regole superlegislative» e, secondo alcuni, «addirittura supercostituzionali»<sup>199</sup>.

Per scoprire i criteri interpretativi contenuti nel dettato dell'articolo 12, utilizzeremo il cosiddetto *metodo della scomposizione*. Metodo solitamente utilizzato – anche se a volte, va detto, in maniera quasi inconsapevole – proprio per comprendere gli articoli di un *qualsiasi* Codice.

Cerchiamo di essere più chiari, attraverso l'utilizzo di un esempio: si consideri l'articolo 1321 del Codice civile, che ci dà la nozione di contratto<sup>200</sup>.

Utilizzando il *metodo della scomposizione* dovremo, pertanto, spiegare anzitutto che cosa si intende, ai fini civilistici, per «accordo»; cosa per «due o più parti»; cosa significa «costituire» e così via<sup>201</sup>.

Da questa *scomposizione* riusciremo, ma solo in un secondo momento, a ritrovare un'unità. E, così facendo, a capire il significato della nozione di contratto.

Allo stesso modo, dall'*anatomia* dell'articolo 12 delle preleggi<sup>202</sup>, si tenterà di estrapolare i diversi criteri interpretativi e, attraverso l'esame dettagliato degli

---

<sup>195</sup> Così R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. Cod. civ. sub art. 12 preleggi (diretto da Scialoja e Branca)*, Bologna-Roma 1982, p. 194.

<sup>196</sup> I titoli preliminari esistono nei principali modelli di codificazione. Per una completa panoramica, cfr. A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 13 (nella nota 20).

<sup>197</sup> Sul punto G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in “*Foro it.*”, V, p. 112, nonché L. PALADIN, *Costituzione, Preleggi e Codice civile*, in “*Riv. dir. civ.*”, I, 1993, p. 19.

<sup>198</sup> «I titoli preliminari sono garanti di un patrimonio di idee, comuni alla legislazione dell'illuminismo, come a quella della rivoluzione e della stessa restaurazione: a) il primato della legge, con la esclusione delle altre fonti concorrenti (consuetudine, dottrina, giurisprudenza); b) il valore garantistico del codice civile, che diviene la *magna charta* dei diritti individuali; c) la subordinazione del giudice-funzionario al legislatore». Così A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 4 e ss. .

<sup>199</sup> A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 9 e p. 28.

<sup>200</sup> Si riporta per memoria: «*Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra di loro un rapporto giuridico patrimoniale*».

<sup>201</sup> Tale metodologia pare essere (implicitamente) presente anche in V. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, p. 3 e ss. .

stessi, di comprendere l'interpretazione nella sua essenza. Tenendo, però, ben presente che «le corrispondenti fasi del processo interpretativo non vanno considerate siccome “mezzi” indipendenti l'uno dall'altro e adoperabili indifferentemente o secondo accidentali criteri di preferenza, ma debbono invece considerarsi legate fra loro da un ordine di sequenza quali successivi momenti di un processo inscindibile, che non attinge il suo risultato se non è messo in opera nella sua interezza»<sup>203</sup>.

*2.1. Primo criterio: l'interpretazione letterale («...il significato proprio delle parole...»).*

*«Un momento: c'è qualcos'altro! Quest'obbligazione non ti dà una goccia di sangue, dice espressamente “una libbra di carne”. Prenditi quindi la penale, prenditi la tua libbra di carne, ma se tagliandola verserai una sola goccia di sangue cristiano, per la legge veneziana le tue terre e i tuoi beni ti sono confiscati a favore della repubblica»<sup>204</sup>.*

Così Porzia sotto le spoglie di Baldassarre (travestita da avvocato) riusciva, nel *Mercante di Venezia*, a cogliere un sottile cavillo mediante una (discutibile) interpretazione letterale, che si rivelerà vincente. L'ebreo Shylock (secondo cui «l'obbligazione fa testo») passa dalla ragione al torto nel giro di una battuta: non solo non ottiene più una «libbra della bella carne» del mercante Antonio, con cui avrebbe portato a termine la sua vendetta, ma è costretto a convertirsi al cristianesimo, perdendo anche l'intero patrimonio.

---

<sup>202</sup> Si riporta per memoria: «Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato».

<sup>203</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 274.

<sup>204</sup> W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia* (traduzione di S. Perosa), Milano 2000, p. 161.

A chi ingenuamente vorrebbe declassare il predetto passaggio ad un mero *escamotage* romanzesco, ricordiamo che al primo comma dell'articolo 12 si legge:

«*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole...*»<sup>205</sup>.

E non potrebbe essere altrimenti, poiché «...è impossibile venire al dentro, se prima non si viene al di fuori»<sup>206</sup>.

Si tratta del cosiddetto criterio letterale o grammaticale o lessicale<sup>207</sup>.

Il legislatore, quindi, ci dice che per interpretare una norma giuridica dobbiamo prendere le mosse da ciò che nella stessa *troviamo scritto*. Dalle *parole* della norma. Dalla sua *lettera*<sup>208</sup>.

Detto in questi termini sembrerebbe tutto molto facile, quasi al limite del banale<sup>209</sup>. Così, invece, non è. E non lo è per diverse ragioni<sup>210</sup>. Per dirne una: lo

---

<sup>205</sup> Anche le disposizioni del Codice civile sull'interpretazione dei contratti si occupano del significato da attribuire alle parole. Per un completo approfondimento ricco, peraltro, di esempi, si veda E. PATTARO, *Filosofia del diritto*, Bologna 1998, pp. 215-223.

<sup>206</sup> La citazione dantesca (*Convivio*, II, I.8) è ricordata in N. IRTI, *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *L'età della decodificazione*, Milano 1986, p. 145.

<sup>207</sup> Per la prospettiva analitica, ampiamente P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna 2007, pp. 49-168, nonché R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino 2001, p. 137 e ss. . Per riferimenti comparativi su questo criterio, si veda P.G. MONATERI, sub voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. X, Torino 1993, p. 36 e ss. . Per una descrizione del linguaggio inteso come strumento, cfr. I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 99 e ss. . Per una distinzione tra il momento *lessicale* («volto a determinare il significato delle parole in sé considerate») e quello *grammaticale* («che cerca il significato del discorso normativo secondo le regole della grammatica e della sintassi»), si veda A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2007, p. 56 (nella nota 1). Per una panoramica dei principali problemi del linguaggio giuridico e, soprattutto, per una non scontata bibliografia, si veda M. COSSUTTA, *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino 2003, pp. 87-96. Per l'applicazione di tale criterio anche per l'interpretazione dei simboli grafici dei piani urbanistici, V. ITALIA, *Problemi di interpretazione dei piani urbanistici e ambientali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. III, Padova 2007, p. 411 (nella nota 9). Per cogliere i legami tra lingua e storia, R.J.W. EVANS, *Il linguaggio della storia e la storia del linguaggio*, in A. TRAMPUS e U. KINDL (a cura di), *I linguaggi e la storia*, Bologna 2003, pp. 11-53. Per il rapporto tra diritto e linguaggio nel pensiero frosiniano, F. COSTANTINI, *Vittorio Frosini. Genesi filosofica e struttura giuridica della società dell'informazione*, Napoli 2010, pp. 179-180.

<sup>208</sup> Fracanzani dimostra la diversità di vedute tra “*sapere*” e “*saper fare*” opponendo al pensiero di Barcellona (M. BARCELLONA, *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in “*Riv. Critica dir. priv.*”, 1991, p. 61) una pronuncia della Cassazione (Cass. pen., V sez., 3 luglio 1991, in “*Foro it.*”, II, 1992, p. 146). Cfr. M.M. FRACANZANI, *Analoga e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, pp. 110-113.

stesso termine “*significato*” presenta differenti sfumature nell’ambito della teoria del linguaggio<sup>211</sup>.

Il punto è che i *dubbi* – che sono, sia ben chiaro, necessariamente prodromici al sapere<sup>212</sup> – possono anche nascondere, e in questo ambito specialmente, insostenibili manipolazioni<sup>213</sup>. E questo sin dall’antichità<sup>214</sup>.

Il *significato proprio delle parole* non dovrebbe essere altro che il *significato comune* che le stesse possiedono nel lessico quotidiano, in quello che si suole definire *linguaggio corrente*<sup>215</sup>.

---

<sup>209</sup> Invece «la parola – a differenza del numero – comunica più di ciò che dice, dunque presenta già l’opera dell’interpretazione». Così L. MANCINI, *Diritto, identità, linguaggio*, in P. NERHOT, *L’identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), Napoli 2009, pp. 15 e 27. Perché «le parole si tengono per mano, le cifre non hanno braccia. Ogni cifra è sola». Così F. CARNELUTTI, *La storia e la fiaba*, Roma 1945, p. 66.

<sup>210</sup> Per cogliere la differenza tra linguaggio come «fatto chiuso» e linguaggio come «fenomeno aperto» e per esaminare un importante apparato bibliografico sull’argomento, si veda D.M. CANANZI, *Interpretazione alterità giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Torino 2008, p. 65 e ss. .

<sup>211</sup> Lo dimostra C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico*, Milano 1990, p. 7 e ss. . Per un esame della molteplicità del linguaggio normativo, cfr. A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo, Studi 1995-2001*, Torino 2001.

<sup>212</sup> «*Dubium sapientiae initium*» è il motto dell’Università degli Studi “*Magna Graecia*” di Catanzaro.

<sup>213</sup> Discorso a parte meriterebbe il problema delle direttive comunitarie, che sono scritte in lingua inglese e, successivamente, tradotte nelle diverse lingue degli Stati membri: le trasformazioni non sempre sembrano poter produrre risultati credibili. Sul punto scrive la Ferreri: «...l’attrazione della lingua inglese risiede nella semplicità con cui si esprime il plurale, nel fatto che non si declinano i sostantivi e gli aggettivi, i verbi si coniugano in modo elementare, quelli irregolari sono relativamente pochi, i caratteri di scrittura sono appunto latini: una semplificazione tale che qualcuno parla di “un esperanto pur essendo una lingua reale”». Tuttavia «l’insegnamento di Sacco esprime la difficoltà del traduttore in termini di “omologazione” dei concetti: prima di tradurre occorre verificare la corrispondenza esatta delle regole operazionali, ridurre le “categorie di un ordinamento alle categorie di un’altra area culturale” ed eventualmente rinunciare a tradurre se si riscontra un’impossibilità di espressione, oppure introdurre neologismi, come è avvenuto in Italia con la nozione di “negoziio giuridico” per rendere il tedesco “Rechtsgeschäft”». Cfr. S. FERRERI, *Termini giuridici e versioni linguistiche: anglicismi e “disturbi di trasmissione”*, in S. FERRERI (a cura di), *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, Torino 2010, pp. 6 e 7, nonché R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1980, p. 25.

<sup>214</sup> Si pensi alla *lex Atinia* sull’usucapione dell’inizio del secondo secolo a.C. («*Se una cosa sarà stata rubata, la possibilità di rivendicare il possesso sarà eterna*») che sollevava, attraverso la sua ambigua formulazione, problematiche sul suo valore retroattivo che furono esaminata dal grammatico Publio Nigidio. Per un maggiore approfondimento, cfr. W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto*, Roma 2001, pp. 149-150.

<sup>215</sup> Cfr. A. ROSS, *On law and justice* (traduzione di G. Gavazzi), Torino 1965, p. 113, nonché G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 108. In realtà «tutte le espressioni hanno, in maggiore o minore misura, un significato impreciso: vago o ambiguo. Il loro uso presenta ipotesi non controverse, ma anche casi limite incerti. La *vaghezza* attiene propriamente ai *confini*

«C'è la parola, perché non la dobbiamo usare!», avrebbe esclamato il grande Edoardo De Filippo<sup>216</sup>.

Ma – e questo è un **primo problema** – i termini spesso e volentieri presentano uno *spazio semantico aperto*.

Si pensi, ad esempio, all'articolo 594 del Codice penale<sup>217</sup>, che si occupa del delitto di ingiuria<sup>218</sup>.

Ora, si focalizzi l'attenzione sulla parola “*onore*”. Questo rappresenta proprio l'esempio di scuola di termine dallo spazio semantico aperto.

Infatti potrà significare:

- il complesso delle qualità morali, sociali e intellettuali;
- ovvero soltanto alcune di queste qualità, ad esempio solo quelle morali;
- o, ancora, il sentimento soggettivo della propria dignità.

---

*del significato*. Diversamente, l'*ambiguità presuppone una pluralità di significati*: un termine è ambiguo se non ha un unico campo di riferimento, ma può ricevere più significati diversi e distinti». Così osserva F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 111. E infatti: «...la parola calcio ha significati diversi in “calcio del fucile”, “calcio negli stinchi”, “gioco del calcio” e “cura a base di calcio”». Così E. PATTARO, *Filosofia del diritto*, Bologna 1998, p. 219. Sulla vaghezza del diritto e delle norme giuridiche E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino 1999, pp. 367-376, nonché H. HART, *Il concetto di diritto* (trad. italiana di M. Cattaneo), Torino 1965, pp. 148-152. Per evitare ogni confusione occorre allora valutare il *contesto*. Quest'ultimo, secondo Fracanzani, si può evincere dalla lettura “rovesciata” dell'articolo 12 delle preleggi: «Si tratta di ricostruire quanto più precisamente quel contesto solo entro quale il testo ha un significato fatto palese dalle parole. E solo così si capirà se “una pasta” significa una *brioche* o un piatto di maccheroni». Così M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in “*Dir. proc. amm.*”, n° 1, 2008, pp. 190-191. Per una visione più scettica del contesto nell'interpretazione giuridica, F. POGGI, *Contesto e significato letterale*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino 2006, pp. 196-205. Cfr, altresì, quanto osserva sul “significato proprio” L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 84.

<sup>216</sup> Così in “*Ditegli sempre di sì*” (1927).

<sup>217</sup> Si riporta per memoria: «*Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a 516 euro...*».

<sup>218</sup> L'esempio che segue è proposto da G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 117. Per altri esempi e per la necessaria distinzione tra «*contesto*» e «*situazione*», si veda F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 112-115. In questo primo problema si inserisce anche la questione dell'indeterminatezza delle *cd clausole generali*, come buona fede, buon costume, equità, forza maggiore, diligenza, giusta causa *etc.* Così segnalano A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 1985, p. 46, nonché A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari 2010, p. 131 e ss. .

Detto altrimenti: il termine “*onore*” può voler significare tanto. E di quel tanto, a volte, quasi il suo contrario<sup>219</sup>. Perché *dignità* e *moralità* ci sembrano, se non proprio sinonimi, comunque termini affini. E l’espressione “*sentimento soggettivo*” – fatto proprio dalla giurisprudenza<sup>220</sup> – lascia spazio a (quasi) qualunque intendimento<sup>221</sup>.

Inoltre – e questo è un **secondo problema** – il linguaggio legislativo adotta spesso termini tecnici che, in quanto tali, non possono appartenere al linguaggio comune<sup>222</sup>. Ciò si mostra come evidente nelle cosiddette *definizioni stipulative*<sup>223</sup>.

---

<sup>219</sup> Per esaminare i possibili significati di “onore”, si rinvia ai riferimenti bibliografici offerti da F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale-I*, Milano 2002, p. 194 (nella nota 262). Per molti Autori attraverso l’interpretazione di una legge è possibile attribuire ad alcuni termini anche significati vicini, ma comunque esterni, rispetto al normale ambito letterale. Così, ad esempio, E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*, Torino 1999, pp. 110-125, il quale tuttavia precisa il suo pensiero sul punto (restringendo il campo e sottolineando l’esistenza di alcuni limiti insuperabili) in *L’ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena 2003, p. 17 e ss. .

<sup>220</sup> Precisa la Cassazione: «...secondo opinione tradizionale l'onore, protetto dalla norma incriminatrice quale esplicazione della propria personalità “morale”, racchiude in sé una duplice nozione: in senso soggettivo si identifica col sentimento che ciascuno ha della propria dignità “morale”, e designa quella somma di valori che l'individuo attribuisce a se stesso (onore in senso stretto); in senso oggettivo, è la stima o l'opinione che gli altri hanno di noi, rappresenta cioè il patrimonio morale che deriva dall'altrui considerazione e che si definisce altrove reputazione (...). Mentre con l'espressione decoro si è inteso richiamare la valutazione di quella somma di beni immateriali che non riguardano la dignità morale, ma la dignità fisica, sociale o intellettuale propria dell'individuo: la valutazione esterna di detti beni essendo parimenti da ricondurre alla reputazione (...). Sicché, a rendere attuali tali concetti, può dirsi che onore e decoro vanno unitariamente riferiti al concetto di dignità della persona che trova, oggi, fondamento nell'art. 2 Cost. . Così Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2008, n° 34599, in banca dati <http://www.dejure.it>. In verità alla concezione “fattuale” (originariamente fatta propria dal legislatore e che rinvia ad un qualcosa di effettivo, concreto e afferrabile) e a quella “normativa” (di matrice tedesca e che lega il concetto alle idee universali di personalità e dignità dell’uomo) dell’onore, occorre privilegiare una terza via. Quella che ci conduce ad una nozione “relazionale”, secondo cui il bene giuridico dell’onore non può essere ridotto a semplice autostima o stima sociale, ma va considerato come “valore della relazionalità”. Se così non fosse, l’ingiuria rivolta nei confronti di un bambino o di un malato di mente non verrebbe sanzionata. Con riferimento alla portata cruciale del concetto di “persona” quale fondamento filosofico e giuridico della “relazione intersoggettiva”, si veda G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale. Contributo all’interpretazione della legge 11 agosto 2003 n° 228*, Padova 2005, p. 272 e ss. .

<sup>221</sup> Molto interessante è il legame tra questi termini e il tempo. L’intuizione è di Incampo, che parla di «ambiguità in senso dinamico». Cfr. A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari 2010, p. 130.

<sup>222</sup> Fracanzani, partendo da una pronuncia giurisprudenziale (Cass. civ., 31 marzo 1987, n° 3097, in “*Giust. Civ.*”, I, 1987, p. 1944) nota che «il significato “proprio” delle parole (...) sarebbe un criterio valevole solo per termini tecnici sulla cui convenzionalità non vi siano disaccordi. Per ogni altro termine, se ne deduce, la dizione di questa prima parte dell’articolo 12 si rivela inutile

Si pensi all'articolo 529 del Codice penale<sup>224</sup>, che si occupa del concetto di "oscenità"<sup>225</sup>.

È cioè il legislatore, in questo caso, a darci una definizione del concetto di "oscenità", a dirci cosa *deve* essere inteso, per il Codice penale, *osceno*. E cosa, invece, *osceno non è*. Una definizione stipulativa, appunto. Una definizione tecnica. E tale significato, specialistico, deve prevalere su quello comune<sup>226</sup>.

---

perché prescrive, comunque, il ricorso ai criteri sussidiari». Cfr. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, pp. 155-156.

<sup>223</sup> Cfr. quanto osservano sull'argomento I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, pp. 132-134.

<sup>224</sup> Si riporta per memoria: «Agli effetti della legge penale, si considerano osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore. Non si considera oscena l'opera d'arte o l'opera di scienza, salvo che, per motivo diverso da quello di studio, sia offerta in vendita, venduta o comunque procurata a persona minore di anni diciotto».

<sup>225</sup> L'esempio è proposto da G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 118. Considerando i singoli termini, va poi ricordato anche che «spesso è lo stesso legislatore, dopo aver "cristallizzato" un significato "tecnico" di un determinato termine, a farne un uso diverso, in un altro documento normativo. Per esempio, la nozione di "possesso" nel codice civile è fissata come chiaramente distinta da quella di "detenzione" (art. 1140 e ss.), mentre nel codice penale è con quest'ultima confusa (art. 707 e ss.)». Per questo motivo, non solo occorre considerare l'enunciato nella sua interezza, ma anche l'ambito disciplinare di appartenenza. Così osserva F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 121.

<sup>226</sup> Precisa Irti: «Il "significato proprio delle parole" (art. 12, comma 1°, disp. prel. c.c.) non è più il significato definito dalla tradizione giuridica, ma *il significato congruente con l'oggetto della disciplina speciale*. Con lo strumento della legge speciale, il diritto invade nuovi territori, regola invenzioni della scienza e forme dell'economia, tutela interessi prima lasciati all'accordo dei singoli. I nuovi temi di disciplina trasmettono alla legge i *gerghi tecnici* e le *nomenclature di settore*: il codice civile cessa di essere anche l'esclusivo codice linguistico del diritto privato. Al mono-linguaggio subentra il *poli-linguaggio*, poiché la legge speciale tende a far propria la terminologia della materia regolata (il "tecno-letto"). Il significato delle parole va ricostruito all'interno dei *singoli codici linguistici*: cioè, dei codici linguistici corrispondenti, entro certa misura, alla pluralità dei micro-sistemi legislativi. Occorre tuttavia notare che l'universalità dei gerghi tecnici (in massima, di matrice anglosassone) restituisce ai linguaggi delle leggi speciali una dimensione più ampia di quella perduta con il distacco dal codice civile». Così N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *L'età della decodificazione*, Milano 1986, pp. 126-128. Tuttavia, secondo Rescigno, «il linguaggio legislativo (...) deve essere ricondotto ai significati propri del vocabolario comune in cui si rispecchia la lingua popolare». Così segnala A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 48 (nota n° 3). Scrive Palazzo: «...il linguaggio comune assicura piuttosto una comunicazione più immediata tra legislatore e cittadini senza perdere di comprensibilità». Cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, p. 65. Le parole del linguaggio scientifico – scrive Carnelutti – «...non sono le parole originali. Si direbbero parole sintetiche, le quali si contrappongono, come i diamanti chimici, ai diamanti naturali». Così F. CARNELUTTI, *Il canto del grillo*, Torino 1955, p. 23. Secondo Velluzzi è possibile sostenere una «*traducibilità*» dei termini tecnici in linguaggio ordinario: «I termini tecnici si inseriscono, infatti, all'interno di enunciati, ossia all'interno di una trama sintattica compiuta che ne influenza la determinazione di significato e sul piano semantico la necessità di renderli intelligibili, anche oltre la cerchia dei professionisti del diritto, fa sì che essi vadano interpretati in termini accessibili per mezzo del



Ma – e questo è un **terzo problema** – l’esigenza di privilegiare il significato tecnico può presentarsi anche in assenza di definizioni stipulative.

Si pensi al concetto di “*abuso*” nella fattispecie di abuso d’ufficio, di cui all’articolo 323 del Codice penale<sup>227</sup>: leggendo la norma è possibile capire che non esiste, nel caso in questione, una definizione stipulativa del concetto di “*abuso*”.

Tuttavia non potendo, per ovvie ragioni, far rientrare ogni potenziale individualismo in questo termine, si è sentita la necessità di attribuirgli un significato più preciso. E ciò attraverso un’elaborazione giurisprudenziale<sup>228</sup> che è andata a definire, con sufficiente chiarezza, i necessari confini.

Quello letterale, per quanto detto, è allora un criterio piuttosto ambiguo<sup>229</sup> e, per questo, ancora molto sarà discusso<sup>230</sup>. Al di là delle inevitabili divergenze<sup>231</sup>,

---

linguaggio ordinario». Così V. VELLUZZI, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in P. NERHOT, *L’identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), Napoli 2009, p. 154.

<sup>227</sup> Si riporta per memoria: «*Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o a altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni...*». L’esempio, ancora una volta, è proposto da G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 118.

<sup>228</sup> Per un completo approfondimento, dottrinale e giurisprudenziale, cfr. I.A. SANTANGELO, *L’abuso di ufficio*, in “*Giur. Merito*”, 05, 2003, p. 1021, disponibile anche in banca dati <http://www.dejure.it>

<sup>229</sup> Per un’analisi dei diversi tipi di ambiguità, cfr. W. EMPSON, *Seven types of ambiguity*, London 1930, nonché J.D. ATLAS, *Philosophy without ambiguity*, Oxford 1989, p. 130 e ss. .

<sup>230</sup> Lombardi Vallauri individua sei diverse forme di interpretazione letterale: a) *interpretazione oggettiva storica letterale settoriale*; b) *interpretazione oggettiva storica letterale sistematica*; c) *interpretazione oggettiva evolutiva letterale settoriale*; d) *interpretazione oggettiva evolutiva letterale sistematica*; e) *interpretazione soggettiva storica letterale settoriale*; f) *interpretazione soggettiva storica letterale sistematica*. Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1971, pp. 55-58. Luzzati descrive sette diversi modi in cui i giuristi intendono l’interpretazione letterale. Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un’analisi del linguaggio giuridico* Milano 1990, pp. 208-228. Chiassoni propone quattro diversi sensi in cui i giuristi usano l’espressione “significato letterale”. Cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Milano 1999, pp. 583-585.

<sup>231</sup> Scrive la Mancini: «La struttura discorsiva e testuale diventa così il “crocevia delle divisioni” – come nota Legendre – perché ogni lettura è intrinsecamente interpretazione diretta alla costruzione di un’identità; ogni chiarimento presenta la sua plurivocità direzionale che impegna l’argomentazione giuridica nel suo muovere dall’uomo in quanto soggetto e dunque dall’istituzione della parola. L’intera questione del diritto è improntata allora sulla considerazione

sul punto sembra imporsi una indiscutibile realtà: tale criterio, preso singolarmente, è *insufficiente*<sup>232</sup>, probabilmente per gli stessi usi ordinari<sup>233</sup>.

I linguisti, non a caso, lo hanno con una certa costanza considerato inattendibile o comunque un semplice punto di partenza<sup>234</sup>. A differenza dei giuristi, che lo hanno spesso descritto come il momento decisivo dell'interpretazione. Forse più per ragioni meramente ideologiche e, in particolare, di conservazione del valore della certezza<sup>235</sup>. Che poi, a ben vedere, proprio sull'argomento *non è mai esistita*,

---

che l'architettura giuridica è costruita come metodo speculativo posto in parole; il linguaggio, attraverso l'espressione della parola, serve all'uomo per costruire la sua identità – la soggettività giuridica – liberata da procedure di sottomissione dell'uomo all'altro uomo». Così L. MANCINI, *Diritto, identità, linguaggio*, in P. NERHOT, *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), Napoli 2009, p. 17. Per cogliere la tesi del diritto strutturato come linguaggio, che diventa testo della società attraverso la struttura del discorso, si veda B. ROMANO, *Il diritto strutturato come discorso*, Roma 1994, p. 27 e ss. .

<sup>232</sup> «...l'art. 12 preleggi va letto sì avendo attenzione alla lettera, ma non dimenticando mai che la lettera è morta, se privata del suo spirito». Così S. SAGNOTTI, in A. GAITO e M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino 2009, p. 1408. Se così non fosse, si realizzerebbe la cd «interpretazione giudaica». Così F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 262.

<sup>233</sup> «Ma purtroppo la parola non basta a guidare gli uomini lungo il cammino della vita come non basterebbe al pastore per guidare le pecore se non vi aggiungesse il cane e il bastone». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 36.

<sup>234</sup> Esaminando le principali posizioni dei linguisti la Mazzaresse distingue tra a) *letteralismo*: il significato di un enunciato è in quello delle parole che lo compongono e nelle regole sintattiche di composizione. Ciò, però, non può fare a meno del contesto dell'enunciato stesso (Frege); b) *anti letteralismo moderato*: interessa una pluralità di posizioni eterogenee tanto da finire per essere «latente», nel senso che non viene «esplicitamente dichiarato, né programmaticamente perseguito». Comporta una maggiore attenzione verso il contesto ed il rifiuto della netta divisione fra sintassi, semantica e pragmatica (Tarello); c) *anti letteralismo radicale*: è una posizione dichiaratamente critica. Può avere una forma «debole», di matrice filosofica (Searle) ed una più «forte», di matrice psicolinguistica (Rumelhart, Gibbs); d) *letteralismo moderato*: secondo cui la nozione di significato letterale deve essere certamente riformulata, ma comunque mantenuta (Eco). Cfr. T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino 2000, pp. 97-110. Aggiunge Mariani Marini: «L'analisi del linguaggio giuridico compiuta da linguisti ha individuato diverse tipologie lessicali: i *termini tecnici specifici* che non sono usati fuori dal linguaggio giuridico specialistico (ad es. anticresi, anatocismo, novazione, sinallagma); i *termini delle lingua comune* che sono oggetto di *ridefinizioni o specializzazioni o estensioni di significato* (ad es. compromesso, emulazione, confusione), cosicché nell'uso del linguaggio giuridico il loro significato non coincide con quello dell'uso comune; i *termini collaterali o pseudo tecnicismi*, costituiti da stereotipi non essenziali per una definizione scientifica, ma introdotti nell'uso settoriale per il carattere di univocità che comunemente viene loro attribuito (sono le frasi usate nelle sentenze e negli atti degli avvocati, ad esempio: “spese compensate”, “escutere un teste”)». Così A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa 2004, p. 96.

<sup>235</sup> Quando invece – come scrive Lombardi Vallauri – «il valore della certezza del diritto (...) non è il valore unico e supremo. E quindi, quando anche si dimostrasse che una metodologia produce più certezza, resterebbe ancora da dimostrare che essa è per ciò stesso migliore in senso assoluto». Così ricorda T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in

visto che, in ordine all'interpretazione letterale, la diversità di vedute ha sempre interessato tanto il significato di *letterale*<sup>236</sup> quanto quello di *interpretazione*<sup>237</sup>.

E allora "interpretazione letterale" diventa una nozione sensata *soltanto se* i suoi confini non vengono considerati necessariamente invalicabili<sup>238</sup>. Solo se ci si accorge del già avvenuto passaggio dalla *certezza* all'*equilibrio*<sup>239</sup> o, per dirla diversamente, dall'«apparente neutralità» dello Stato-sovrano ad una *rinnovata alleanza*<sup>240</sup>.

Partendo da un romanzo di Calvino e dall'esame della sua originale tecnica narrativa, Claudio Luzzati propone sull'argomento tre riflessioni che – ai nostri occhi almeno – hanno subito assunto il valore della verità:

- La prima è dedicata all'**autore**. Poco importa se di romanzi, di leggi o di sentenze. Quello che conta sapere è che *ogni* autore parte da usi linguistici consolidati. La creatività non può, né vuole, essere assoluta. Quasi mai si crea un *linguaggio*. Si vuole, più semplicemente, far

---

*Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino 2000, p. 97 e pp.125-129. Per una panoramica storica sui tentativi di vincolare l'interpretazione alla sola lettera della norma e per comprendere tale pregiudizio anche in ambiti non giuridici, cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 95 e p. 281 (nella nota 60). Per un esame della giurisprudenza costituzionale sul significato linguistico nella materia penale, cfr. F. PALAZZO, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006, pp. 64-69.

<sup>236</sup> T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino 2000, pp. 112-120.

<sup>237</sup> Partendo dai cinque diversi modi con cui i giuristi intendono il termine "interpretazione", descritti ed analizzati da Riccardo Guastini (cfr. nota n° 64), la Mazzaresese definisce ambigua e per certi versi paradossale la locuzione "interpretazione letterale". Cfr. T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino 2000, pp. 120-124.

<sup>238</sup> T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino 2000, p. 124.

<sup>239</sup> Nel senso che «...alla certezza della decisione giuridica è oggi subentrato l'*equilibrio*: alla rigidità dello schema decisionale legalmente predeterminato è subentrata la flessibilità mutevole della soluzione giuridica che tenta di conciliare i plurimi interessi in un assetto ("l'*equilibrio*") suscettibile della massima condivisione e accettazione». Così F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *"Quaderni fiorentini"*, n° 36, Milano 2007, p. 1289.

<sup>240</sup> N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna 1996, p. 103 e ss. .

arrivare un *messaggio*<sup>241</sup>. Che deve, in maniera necessaria, partire da convenzioni linguistiche, se vuole raggiungere con successo l'uditorio.

- La seconda indaga il **linguaggio** stesso, che ha bisogno soprattutto delle tecniche filologiche e, quindi, delle cognizioni storico-fattuali. Occorre, cioè, cambiare l'*ambito*: dal «*significato come regola d'uso* codificata nel sistema linguistico o stipulata dai parlanti» al «*significato come uso*, ossia come istanziazione di una regola in un discorso o in un testo».
- L'ultima interessa il **destinatario** (l'interprete) che, non potendo rimanere passivo, ha bisogno di formulare una serie di ipotesi, che devono prima guardare *indietro*, verificando la legittimità di una norma; e poi *avanti*, adattando la stessa al mondo attuale<sup>242</sup>.

L'analisi di Luzzati ci fa allora capire l'utilità parziale *ma* essenziale dell'interpretazione letterale. *Parziale*, poiché il linguaggio deve calarsi dal sistema linguistico al più ristretto discorso. Tuttavia *essenziale*, poiché è proprio la lettera, al contrario di quello che ci offre l'apparenza, ad aprire – e per la prima volta – scenari storico-fattuali che spianano la strada verso la successiva interpretazione storico-evolutiva<sup>243</sup>.

Parlando per immagini, si potrebbe dire che il criterio letterale avvia il *motore interpretativo*. Anzi, ne rappresenta la *chiave*. Non è allora, come pur si è sostenuto, un metodo *a sè stante*, quasi matematico<sup>244</sup>, con cui poter intendere il linguaggio comune e, di conseguenza, il significato preciso di una norma

---

<sup>241</sup> Sulla legge come “messaggio”, cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino 2001, p. 167.

<sup>242</sup> C. LUZZATI, *Se una volta un giurista al buffet della stazione*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino 2000, p. 71 e ss. . Tuttavia lo stesso Calvino segnala i pericoli generati dalla frequente separazione tra le parole e la realtà: è il fenomeno dell'«antilingua», tipico del linguaggio della giustizia. Lo ricorda G. CAROFIGLIO, *La manomissione delle parole*, Milano 2010, pp. 133-136.

<sup>243</sup> E. PARESCHE, sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1972, vol. XXII, p. 223.

<sup>244</sup> Poiché «il linguaggio “misto” di cui il diritto fa uso – il linguaggio comune limitatamente arricchito da linguaggi tecnici più o meno formalizzati – produce messaggi la cui “certezza” non può essere postulata a priori». Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 162.

giuridica. Piuttosto di una *scelta* sempre si tratta<sup>245</sup>. E potenzialmente soggetta alle contraddizioni<sup>246</sup>. Una scelta che, se invece logica<sup>247</sup>, diventa insieme una *premessa* e una *conseguenza* dell'interpretazione. Senza pretesa alcuna di assoluta verità<sup>248</sup>. Specialmente ai nostri giorni, dove si è oramai preso coscienza dell'impossibilità di un linguaggio unitario<sup>249</sup>.

Interpretare vuol dire allora iniziare una *strada in salita*, perché il criterio letterale mette subito allo scoperto il *rischio più grande* dell'intero processo interpretativo: quello di precipitare nel soggettivismo. Quando invece la parola – che è un *miracolo ontologico* – non può mai sopprimere chi ascolta<sup>250</sup>: è solo un

---

<sup>245</sup> Luzzati, pur separando sull'argomento il diritto dalla morale (e la cosa – lo ripetiamo – non ci convince affatto), proprio sulla (necessaria) *scelta* pone l'accento. Sposando la tesi "nominalista", secondo cui l'unica soluzione è quella di «*colmare le lacune di significato con decisioni*», attraverso «...un formalismo buono, che mostra e non nasconde, richiedendo ai consociati espliciti impegni». Così C. LUZZATI, *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano 2006, pp. 58-59. Cfr., altresì, dello stesso Autore, *Il diritto penale è un sistema chiuso?*, in "Diritto penale e processo", n° 4, 1998, pp. 515-519.

<sup>246</sup> E. PARESCHE, sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in Enciclopedia del Diritto, Milano 1972, vol. XXII, pp. 223-224.

<sup>247</sup> Occorre, tuttavia, non confondere la *logica del diritto* (che deve essere necessariamente spiritualizzata) con la (fredda) *logica formale*, come osserva E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, pp. 283-289.

<sup>248</sup> E. PARESCHE, sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in Enciclopedia del Diritto, Milano 1972, vol. XXII, p. 225.

<sup>249</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1986, pp. 16-18.

<sup>250</sup> «Le parole sono enunciate nella loro costituzione polisensa, presentano due versanti; l'interpretazione di *chi le enuncia* e l'interpretazione di *chi le ascolta* e dunque contengono sempre una *domanda*, tale perché sollecita ed attende una *risposta*, nella ripresa della formazione del senso, vissuta dall'io di ogni singolo uomo nella relazione dialogica con gli altri, costitutiva del nucleo del processo giuridico». Così L. MANCINI, *Diritto, identità, linguaggio*, in P. NERHOT, *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), Napoli 2009, p. 26. Scrive Carnelutti: «Noi abbiamo, quasi sempre, il torto di considerare solamente chi parla, trascurando chi ascolta; ci pare che la posizione di chi ascolta sia puramente passiva. E se, invece, chi ascoltasse avesse la funzione di un trasformatore? Io, quando guardo il ritratto della mamma, magnificamente dipinto da un pittore ottocentesco, ho l'impressione di vederla balzare dal quadro: ecco una immobilità che si trasforma in movimento; ed è il dialogo che consente il prodigio. E i miei nipotini, quando descrivevo a loro le prodezze del principe Arnaldo, chiuso nella corazza d'argento, col cimiero azzurro e la spada fatata, spalancavano gli occhi a guardarlo come s'egli fosse davanti a loro. Ci siamo capiti? Non pretendo di aver dato una spiegazione perfetta; ma quello che importa è capire che il miracolo non è né in me né in te, ma in mezzo fra te e me». Così F. CARNELUTTI, *Il canto del grillo*, Torino 1955, p. 27. Sul valore delle parole cfr., altresì, V. SGARBI, *Vedere le parole. La scrittura d'arte da Vasari a Longhi*, Milano 2005, p. 15 e ss. . Per comprendere la differenza tra *parole* e *cose*, cfr. F. CARNELUTTI, *Vita da avvocato*, Milano 2006, pp. 11-15.

«tramite»<sup>251</sup>, un «ponte», la *divina* via che decide di percorrere chi aspira a raggiungere la verità<sup>252</sup>.

## 2.2. Secondo criterio: l'interpretazione sistematica («...secondo la connessione di esse...»).

Riprendiamo la lettura dell'articolo 12 delle preleggi:

«...fatto palese dal significato proprio delle parole **secondo la connessione di esse...**».

Questa è la cosiddetta interpretazione sistematica o logica<sup>253</sup>.

Tale criterio sottintende un possibile duplice ambito applicativo. Dove il secondo pare la conseguenza del primo<sup>254</sup>. Invero le sue dinamiche potranno essere *interne* ad una norma, per individuare il suo effettivo contenuto; ovvero *esterne* ad essa, per cogliere le *connessioni concettuali* esistenti tra la norma da applicare e *tutte*<sup>255</sup> le restanti norme dell'ordinamento giuridico<sup>256</sup>, avendo cura di contenuti e posizioni e per soddisfare, quindi, esigenze di coerenza e ordine<sup>257</sup>.

---

<sup>251</sup> «L'uomo se fosse stato solo non tanto non avrebbe parlato quanto non avrebbe pensato. Così per parlare come per pensare bisogna essere in due. Succede come della corrente elettrica, che non si sprigiona senza i due poli. Bisogna che una selce urti contro l'altra affinché scocchi la scintilla». Così F. CARNELUTTI, *Il canto del grillo*, Torino 1955, p. 48. Perché «il linguaggio è il *medium* in cui gli interlocutori si comprendono e in cui si verifica l'intesa sulla cosa». Così H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano 2000, p. 783.

<sup>252</sup> F. CARNELUTTI, *Il canto del grillo*, Torino 1955, p. 90.

<sup>253</sup> Per Trabucchi, questo secondo criterio deve essere inteso come «un mezzo» di quello letterale. Quest'ultimo ci offre «la base oggettiva», ma sarà l'interpretazione logica a chiarire «la *voluntas legis*, l'elemento vitale che ha carattere decisivo». Cfr. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 2007, p. 56. Pattaro, invece, definisce “logica” l'interpretazione che si richiama all'intenzione del legislatore. Cfr. E. PATTARO, *Filosofia del diritto*, Bologna 1998, pp. 225-227. Sull'interpretazione sistematica, fra i molti, P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Milano 1999, p. 597 e ss. .

<sup>254</sup> In tal senso anche E. PATTARO, *Filosofia del diritto*, Bologna 1998, p. 225.

<sup>255</sup> Tuttavia Lombardi Vallari distingue tra interpretazione sistematica *parziale* (che prende in considerazione solo alcune norme) e *totale* (che, invece, considera l'intero ordinamento). Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di Filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 64.

<sup>256</sup> «Ciascuna norma, ciascuna legge è una tessera di un mosaico complesso, nel quale il senso di ciascuna tessera è collegato a quella di altre: concorre alla composizione dell'insieme, ed è definito (anche) dal disegno d'insieme. L'interpretazione di ciascuna norma è anche reinterpretazione dell'insieme, cioè del significato che ogni frammento normativo viene ad assumere in relazione all'insieme». Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 164, che,

Nella prassi tutto ciò solitamente viene espresso attraverso la formula del “combinato disposto”<sup>258</sup>.

La sua storia affonda le radici in epoche lontane. Scrive Celso: «*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*»<sup>259</sup>.

Va tuttavia registrata una scarsa attenzione, quasi un mancato riconoscimento, di tale criterio interpretativo nelle principali opere giuridiche italiane del Novecento<sup>260</sup>. L'eccessivo legame associativo con l'interpretazione letterale (in particolare), ha sovente ridotto quella sistematica ad un mero sinonimo. Anche se va ammesso un innegabile collegamento con il dato *testuale* (costanza terminologica), così come *teleologico* (riferimento all'istituto giuridico o al settore disciplinare; della congruenza; dell'incostanza terminologica), *logico* (coerenza) e *dogmatico* (delle costruzioni dogmatiche)<sup>261</sup>.

Si consideri, come esempio, l'articolo 674 del Codice penale<sup>262</sup> che disciplina la fattispecie di getto pericoloso di cose<sup>263</sup>. Ad un dato momento ci si chiese se,

---

tuttavia, associa in maniera eccessiva (ed esclusiva?) l'interpretazione sistematica a quella storico-evolutiva. Secondo Pattaro, attraverso l'interpretazione sistematica, «...l'interprete risale dalla singola disposizione giuridica all'istituto giuridico cui essa attiene (la famiglia, la proprietà, ecc.); quindi, dall'istituto giuridico alla branca o parte del diritto civile (civile, commerciale, ecc.); infine, dalla branca del diritto al sistema del diritto: dal complesso ricava il “vero” o “corretto” significato della singola disposizione giuridica». Così E. PATTARO, *Filosofia del diritto*, Bologna 1998, p. 225.

<sup>257</sup> G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino 1965, specie cap. II.

<sup>258</sup> Per Guastini «si fa interpretazione sistematica ogniqualvolta, per decidere il significato di una disposizione, non si guarda alla disposizione stessa isolatamente presa, ma si guarda al contesto in cui è collocata». Così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2004, p. 168. Tuttavia, secondo Modugno, «...poiché l'interpretazione (...) si conduce, a partire dalla forma linguistica degli enunciati (termini e sintagmi), collocando i medesimi nel contesto (linguistico) e nella situazione (non linguistica) in cui sono (o meglio: sono ritenuti) inseriti, ciò equivale a dire che ogni interpretazione di enunciati, almeno e particolarmente di quelli normativi, non può non essere, nel senso detto, sistematica». Così F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, p. 190.

<sup>259</sup> D. 1, 3, 24

<sup>260</sup> Così segnala V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, pp. 30-39.

<sup>261</sup> V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, pp. 73-78.

<sup>262</sup> Si riporta per memoria: «*Chiunque getta o versa, in un luogo di pubblico transito o in un luogo privato ma di comune o di altrui uso, cose atte a offendere o imbrattare o molestare persone, ovvero, nei casi non consentiti dalla legge, provoca emissioni di gas, di vapori o di fumo, atti a cagionare tali effetti, è punito con l'arresto fino ad un mese o con l'ammenda fino a 206 euro*».

nella fattispecie di cui sopra, potesse rientrare anche il nuovo fenomeno dell'inquinamento elettromagnetico.

Esaminando semplicemente la norma interessata non sembrò possibile arrivare ad una conclusione accettabile. La questione fu allora risolta proprio attraverso un'interpretazione sistematica del 674. Bisognava, in questo caso, cercare un *aiuto* in altre norme. Del Codice penale specialmente<sup>264</sup>. E l'appiglio fu infatti trovato nell'articolo 624 del Codice penale<sup>265</sup>.

Essendo, cioè, considerata «*cosa mobile*» ogni energia suscettibile di valutazione economica si potrà far rientrare, nel medesimo concetto, anche l'inquinamento elettromagnetico<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> L'esempio è proposto da G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 120.

<sup>264</sup> Tuttavia sono piuttosto frequenti anche collegamenti sistematici tra norme penali ed altri ambiti dell'ordinamento. Per alcuni esempi, cfr. G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 120.

<sup>265</sup> Si riporta per memoria: «*Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 154 euro a 516 euro. Agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica ed ogni altra energia che abbia un valore economico...*».

<sup>266</sup> In senso affermativo Cass., 14 ottobre 1999, in "Riv. Pen.", 2000, p. 19. Più recentemente Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2009, n° 15708, in banca dati <http://www.dejure.it>: «Ed infatti, sebbene la tesi contraria si poggi su argomentazioni dotate anch'esse di una certa solidità, deve preferirsi la soluzione ermeneutica della configurabilità del reato di cui all'art. 674 cod. pen., dal momento che nulla osta a che il termine "cosa", già di per sé ampiamente generico ed idoneo ad esprimere una pluralità di significati, comprenda anche le energie, che sono pacificamente dotate, al pari delle *res qui tangi possunt*, di fisicità e di materialità e che dunque, sia per la loro attitudine ad essere misurate, percepite ed utilizzate sia per la loro individualità fisica, ben possono essere considerate "cose". D'altra parte, già l'art. 624 c.p., comma 2, stabilisce che, agli effetti della legge penale, si considera "cosa mobile" anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia valore economico. L'ampiezza della clausola porta a ritenere che la previsione normativa non sia limitata ai soli reati contro il patrimonio, ed a tale estensione non è di ostacolo il fatto che, in alcune specifiche disposizioni penali, la parola "cosa" possa essere riferita alle sole cose materiali, *quae tangi possunt*. Del resto, le onde elettromagnetiche sono sicuramente suscettibili di valutazione economica. Va inoltre considerato che la giurisprudenza civile ha da tempo affermato il principio che è esperibile la tutela possessoria con riguardo alle onde elettromagnetiche di cui si avvalgono le emittenti radiotelevisive, in quanto dette onde costituiscono una forma di energia materiale e quantificabile, da considerarsi pertanto come un bene mobile economico, che può essere utilizzato direttamente dalla azienda produttrice e può essere anche ceduto a terzi. Si tratta poi di una cosa che è suscettibile di essere, come tale, anche gettata, dal momento che il verbo "gettare", usato dal legislatore per descrivere la materialità della condotta prevista dall'art. 674 cod. pen., ha anch'esso in italiano un significato ampio, e non indica soltanto l'azione di lanciare qualcosa in qualche luogo, ma anche quella del mandar fuori, emettere, espellere, che ben può ricomprendere il fenomeno della emissione e propagazione delle onde elettromagnetiche. Quindi, tenendo conto non solo del significato proprio delle singole parole, ma anche di quello derivante dalla loro connessione deve ritenersi che l'espressione "gettare una cosa" può essere di per sé idonea ad includere anche l'azione di chi emette o propaga onde elettromagnetiche». Non sempre, però, è



L'interpretazione sistematica, come visto, cerca unità all'*interno* del sistema ma, con la sua analisi profonda, innova lo stesso attraverso nuove norme e/o significati<sup>267</sup>. Così, e per un certo verso sorprendentemente, il *vecchio* genera il *nuovo*. Attraverso un'alternanza di dominio già denunciata (cfr. § 1.2.).

Il sistema, qualunque esso sia (estrinseco o intrinseco<sup>268</sup>), fa capire in tal modo la sua natura e la sua forza riparatrice, ovvero confessa i suoi limiti.

Tuttavia la nozione di sistema<sup>269</sup> – secondo alcuni Autori – non offre un aiuto decisivo per la comprensione dell'interpretazione sistematica<sup>270</sup>. Diciamo allora solo che, per sistema, non possiamo intendere qualsiasi aggregato di elementi. E che, quindi, occorre una connessione unitaria tra di loro<sup>271</sup>.

In altri termini: per sistema si deve intendere «un insieme non vuoto di elementi fra i quali sussistono varie relazioni»<sup>272</sup>. Che, in ogni caso, si rendono spendibili attraverso lo studio del loro *ordinato coesistere*<sup>273</sup>.

---

stato così: «Il giudice del *Reich* tedesco giudicava nell'Ottocento la sottrazione di energia elettrica come un fatto che non rientrava tra quelli previsti dal § 242 del Codice penale, dal momento che non riteneva l'energia elettrica una "cosa"». Così ricorda A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari 2010, p. 131. Alcuni Autori, però, classificano l'esempio di cui sopra come interpretazione estensiva. Cfr., ad esempio, V. VELLUZZI, *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano 2006, p. 133 e ss. . In realtà, come insegna Giannini, l'interpretazione estensiva non coinvolge altre norme del sistema. Cfr. M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in "Jus", IV, 1941 e I, 1942, ora in Id., *Scritti*, vol. II, Milano 2002, pp. 187-255.

<sup>267</sup> E. PARESCHE, sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano 1972, vol. XXII, p. 227.

<sup>268</sup> Tuttavia tale distinzione, che secondo alcuni Autori contrappone Wolff a Savigny, appare vaga ed ambigua per V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, pp. 15-26.

<sup>269</sup> Per un completo approfondimento storico-concettuale della nozione di "sistema giuridico", si veda F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Padova 2009, pp. 190-199.

<sup>270</sup> In tal senso, ad esempio, V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, p. 14.

<sup>271</sup> Per Velluzzi si può parlare di sistema solo se si realizzano le seguenti condizioni: «a) che vi sia un insieme di elementi; b) che questi elementi siano in relazione tra loro; c) che gli elementi e le relazioni tra gli stessi intercorrenti siano riconducibili ad un principio o criterio unificatore». Così V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino 2002, p. 15. Si veda, altresì, G. LAZZARO, sub voce *Sistema giuridico*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVII, Torino 1970, pp. 459-464, nonché F. MODUGNO, sub voce *Sistema giuridico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIX, Roma 1993, p. 1 e ss. .

<sup>272</sup> M.G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto*, Torino 1968, p. XII (introduzione).

<sup>273</sup> «Sicchè, l'ordinamento giuridico, come composizione della controversia, si realizza solo se in quanto tra le due vedute dell'ordine, determinanti il disordine, si stabilisce un confronto dialettico nel quale la consistenza di ciascuna di esse viene saggiata sottoponendola alla prova della confutazione, che altro non è se non il tentativo di ridurla in contraddizione». Così F.

Invero ogni sistema può definirsi tale *soltanto se* è in grado di esprimere e rappresentare un certo ordine che è, nel diritto specialmente, sinonimo di *qualità* e di *funzionamento*.

Del resto il «senso dell'ordine» – lo ricorda Carnelutti – non è altro che il «senso del bene», il «buon senso»<sup>274</sup>.

Un'utile digressione: si pensi, ad esempio, ad una automobile, per quello che essa è, ossia un insieme ordinato di componenti (impianto elettrico, motore, carrozzeria *etc.*). Questi riusciranno, nella loro peculiare funzione, a condizione di realizzare un certo ordine. Se, infatti, smontiamo un'automobile e la rimontiamo con un ordine diverso da quello previsto – ad esempio non rispettando le leggi che regolano i circuiti elettrici (ambito *interno*) o non collegando correttamente gli stessi alle parti meccaniche (ambito *esterno*) – la stessa cesserà di funzionare e, quindi, di *essere*.

E ancora: cinquanta soldati ordinati saranno, di sicuro, più efficienti di cento disorganizzati, come viene anche ricordato all'Accademia militare di Modena dove, non a caso, il motto è “*una acies*”, ossia una (sola) schiera.

Ora, tornando a parlare del concetto di ordine in relazione al nostro oggetto, si potrebbe esaminare, come esempio, il Codice civile: è composto da sei libri; ogni libro è diviso in titoli; ogni titolo in capi; ogni capo in sezioni. Questo significa che, se si deve esaminare una questione matrimoniale, si dovranno cercare i necessari riferimenti nel primo libro (*Delle persone e della famiglia*), poiché l'indice sommario è la *cartina topografica* di un Codice.

La mancanza di ordine e, quindi, di logica è allora certamente il primo e, forse, più grande problema interpretativo<sup>275</sup>.

---

GENTILE, *Disordine, ordine e ordinamento. Riflessioni in margine al concetto di “fluttuazione” di Ilya Prigogine*, in M. NICOLINI (a cura di), *Ordine e disordine*, Bologna 1987, p. 372.

<sup>274</sup> Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, p. 77.

<sup>275</sup> Detto questo va, però, fatta un'importante distinzione di metodo: per cogliere la differenza tra *ordinatio* e *ordinatum*, si veda F. GENTILE, *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, Padova 2001, pp. 1-65. Perché il diritto «non piove dall'alto, non si impone con forze coattive; è invece quasi una pretesa che viene dal basso, è il salvataggio d'una comunità che solo col diritto e nel diritto, solo diventando un ordinamento giuridico, sa di poter vincere la sua partita nella storia». Così P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, p. 17. Per indagare il rapporto ordine-gerarchia, si veda M. MANZIN, *L'ordine infranto*, in “*Rassegna degli Avvocati italiani*”, n° 2,

I disagi, certo, anche qui non mancano: anzitutto perché l'utilizzo di questo criterio richiede una conoscenza dell'ordinamento forse ipotizzabile nel 1942 (anno della genesi delle preleggi) ma di sicuro irrealizzabile nell'attuale *poli-sistema*<sup>276</sup>. In secondo luogo perché, anche in questa fase, non si tratta di pura operazione "scientifica". Al di là degli esempi di scuola dei Manuali – che tutto fanno sembrare facile – risulta essere infatti complesso compiere questa operazione senza modificare, ovvero relativizzare, la volontà del legislatore.

Insomma, ancora una volta, il rischio è quello di creare diritto con la scusa di interpretarlo.

### 2.3. Terzo criterio: l'interpretazione storico-evolutiva («...e dalla intenzione del legislatore...»).

Continuiamo nella nostra lettura:

«...secondo la connessione di esse, e<sup>277</sup> **dalla intenzione del legislatore...**».

Questa è la cosiddetta interpretazione storico-evolutiva.

A tal proposito va anzitutto ricordato che la legge, oltre ad essere un comando, contiene *in sé* una previsione. Che lega, per il futuro, circostanze ed effetti previamente determinati. Previsione – la prassi lo dimostra chiaramente – tutt'altro che infallibile, ma necessaria<sup>278</sup>.

---

2009, pp. 42-54 (articolo già pubblicato in "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione", n° 1, 2009, pp. 31-41) ma, più ampiamente, in Ordo iuris. *La nascita del pensiero sistematico*, 2008.

<sup>276</sup> Per la nozione di *poli-sistema* e per l'interpretazione sistematica delle norme speciali, si rinvia a N. IRTI, *Leggi speciali fra teoria e storia*, in *L'età della decodificazione*, Milano 1986, pp. 86-87.

<sup>277</sup> Sul punto osserva Lombardi Vallauri: «"E" dalla intenzione del legislatore. Cosa significa quell' "e"? O il significato proprio e l'intenzione sono la stessa cosa, e allora l'aggiunta è inutile, o sono due cose diverse, e allora possono portare a risultati differenti». Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova 1981, p. 84.

<sup>278</sup> La prova di ciò è data dai contratti, che cercano di cristallizzare alcune situazioni del (e per il) futuro. Cfr. G. DEL VECCHIO, *Saggi intorno allo Stato*, Roma 1935, p. 176.

Questa “precarietà” distingue il comando legislativo dagli usi e dalle consuetudini, così come il vivere inconscio dall’atteggiamento filosofico. Quest’ultimo, per sua natura, *problematico*<sup>279</sup>.

É il dinamismo *proprio* dello spirito a innovare: noi e i nostri valori, prima; e le leggi, poi<sup>280</sup>.

L’uomo – che è tutto intriso della sua finitezza – non può conoscere in anticipo le dinamiche sociali che faranno di lui un *uomo nuovo* e daranno alle sue leggi, di riflesso, ulteriori sviluppi e significati.

Quando il «caso imprevisto»<sup>281</sup> bussa alle porte, vuol dire che l’ignoto non può più attendere.

Eppure, a ben vedere, qualcosa di “lui” già sappiamo. Perchè sempre, e da sempre, è il passato – che peraltro può anche divenire «il passato di successivi e diversi presenti»<sup>282</sup> – ad essere la fonte del futuro<sup>283</sup>.

---

<sup>279</sup> «Invero il comando legislativo ha una efficacia che le consuetudini e gli usi non potrebbero avere, le une perché mera ripetizione di passate esperienze e convinzioni, gli altri perché espressione di una volontà effimera e contingente». Pertanto in ordine alle diverse situazioni «...il legislatore non si pone in un atteggiamento passivo come quello del popolo che, vivendole quasi inconsciamente, è agito da esse, bensì in un atteggiamento *problematico* che suggerisce già di per se stesso, rispetto alle medesime, un diverso modo di essere, e porta quasi necessariamente a un atteggiamento attivo, che tende cioè a porre in atto un ordinamento fondato sulla giustizia e tale da ricomprendere e da superare e trascendere il passato» (corsivo redazionale). Così F. MILANI, *L’interpretazione evolutiva*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, II, Milano 1950, pp. 320-321. Sul concetto di problematicità, si veda M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli 1987, pp. 47-60.

<sup>280</sup> «Per chiaro che sia il testo, bisogna animarlo, vivificarlo, ricorrendo alla storia, alla discussione, ai lavori preparatori». Così F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 262. Tuttavia i lavori preparatori non sempre aiutano: per cogliere, ad esempio, due diversi modi di intendere l’*iter* parlamentare della legge n° 300 del 29 settembre 2000 (che ha introdotto l’articolo 322 *ter* codice penale), cfr. Cass. pen., sez. VI, n° 17566, 13 marzo 2006 e, per una differente ricostruzione, Sez. Unite, n° 41936, 25 ottobre 2005. Lo segnala F. POGGI, *Contesto e significato letterale*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino 2006, p. 198 (nella nota 72).

<sup>281</sup> «Il giudice, quindi, può e deve trovare soltanto nella legge il mezzo per comprendere e sistemare il caso imprevisto, anzitutto perché, se non esistessero leggi generali, non sarebbe nemmeno possibile distinguere i casi tipici da quelli atipici; in secondo luogo perché è soltanto la legge che può spiegare la genesi del caso imprevisto e quindi consentire di prendere riguardo ad esso una decisione in qualche modo innovatrice». Così F. MILANI, *L’interpretazione evolutiva*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, II, 1950, pp. 335 e 336.

<sup>282</sup> Così F. MILANI, *L’interpretazione evolutiva*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, II, 1950, p. 341.

<sup>283</sup> F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1947, p. 72. Precisa Laurent: «Come non si comprenderebbe, o si comprenderebbe male, lo stato politico d’una nazione, se si ignorasse l’origine e lo sviluppo delle sue istituzioni, così è impossibile conoscere il diritto moderno se si ignora il diritto antico». F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 262. Milani arriva ad equiparare l’interpretazione evolutiva a quella autentica: «Infatti l’interpretazione autentica consiste nella dichiarazione del legislatore intorno al reale contenuto di una legge precedentemente

Criterio storico-evolutivo, appunto.

É il presente<sup>284</sup> che li collega, l'uno con l'altro. E lo fa attraverso fatti pertinenti e solo all'apparenza indipendenti dal diritto: quelli della vita sociale<sup>285</sup>.

La "normatività" della società può anche allontanarsi dal giuridico, ma non a lungo. Presto avvertirà l'innata necessità di ri-cucirsi addosso a quella del diritto.

Per quanto detto possiamo allora condividere la seguente definizione dell'istituto in questione: «...la interpretazione evolutiva consiste nello stabilire con analisi dettagliata questi elementi di carattere non strettamente e puramente normativo ma principalmente sociale, e il modo in cui essi si combinano con gli elementi giuridici preesistenti per formare la regola di decisione per il caso nuovo»<sup>286</sup>.

---

rimasta dubbia; ora, quando tale dichiarazione egli ha occasione di fare diverse volte nei lavori preparatori delle diverse leggi e sempre nello stesso senso, senza introdurre nuove disposizioni ma attribuendo alla legge precedente un contenuto che già era apparso conforme alla lettera e allo spirito dei testi, in sostanza non mancano gli elementi essenziali dell'interpretazione autentica. E i siffatta ipotesi si ha anche, a nostro avviso, interpretazione evolutiva: ciò infatti appare chiaro se si ha presente che le nuove leggi di cui si considerano i lavori preparatori, regolano spesso parte dei casi rimasti dubbi o imprevisi per la prima legge» (corsivo redazionale). Questa tesi, tuttavia, non convince, mancando tutte le problematiche inerenti alla retroattività dell'interpretazione autentica. Si tratta piuttosto, per stessa ammissione dell'Autore, di una mera ipotesi che, in quanto tale, resta comunque sempre indimostrata ed indimostrabile. Parimenti più di qualche dubbio suscita l'esclusione della pratica evolutiva delineata dall'autore in ordine alle leggi penali. Cfr. F. MILANI, *L'interpretazione evolutiva*, in "Riv. int. fil. dir.", II, 1950, pp. 342 e 350.

<sup>284</sup> «Lo storico, pur se tratta del passato, vive ed opera nel presente; esamina i fenomeni e gli avvenimenti del passato con e attraverso le lenti del presente». Così F. SERRAO, *Le fonti del diritto nella storia della costituzione romana*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, Napoli 2006, p. 435.

<sup>285</sup> Diversamente Berti scrive: «In realtà, le leggi vorrebbero prevedere il futuro, e invece restituiscono il passato e ritraggono il presente, non quello reale, di tutti, ma quello che il legislatore ricava dalla rappresentazione della attualità proposta dai gruppi politici e dalle corporazioni. Gli interessi e i loro conflitti, o la diversità dei modi possibili per soddisfarli, mortificano ogni impulso a fare disegni larghi e comprensivi, e ciò impedisce il formarsi di sensate regole per il "dover essere". Così, si va avanti e indietro, e si confonde il futuro con il presente o addirittura con il passato, e i prodotti legislativi divengono inutilizzabili, come creature abnormi, malate o destinate al deperimento ed all'oblio». Così G. BERTI, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli 2004, p. 171.

<sup>286</sup> Così F. MILANI, *L'interpretazione evolutiva*, in "Riv. int. fil. dir.", II, 1950, p. 340. Per questo motivo tale interpretazione, secondo alcuni Autori, ha sempre un contenuto extratestuale. Così, ad esempio, G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino 1965, p. 136 e ss.

Un'unica avvertenza, a costo di essere ripetitivi: il metodo storico (l'esame di atti parlamentari, relazioni, e simili) non deve mai essere utilizzato in maniera esclusiva, ma sempre e solo concorrente<sup>287</sup>.

Consideriamo, ad esempio, l'articolo 25 della legge n° 300 del 1970, meglio conosciuta come Statuto dei lavoratori:

*«Le rappresentanze aziendali hanno diritto di affiggere, su appositi spazi, che il datore di lavoro ha l'obbligo di predisporre in luoghi accessibili a tutti i lavoratori all'interno dell'attività produttiva, pubblicazioni, testi e comunicati inerenti a materie di interesse sindacale e del lavoro».*

Ad un dato momento ci si chiese se nella nozione di “spazio” potesse rientrare anche quella di spazio telematico. Per spazio si può, cioè, anche intendere una pagina web?

Si interessò della questione il Pretore di Milano, il quale con sentenza del 3 aprile 1995, si pronunciò in senso affermativo stabilendo che:

*«In un contesto aziendale caratterizzato da elevata informatizzazione e ove la circolazione di informazioni, anche di carattere sindacale, avvenga prevalentemente attraverso l'utilizzo di computers, è legittima un'interpretazione evolutiva del diritto di affissione ex art. 25 Statuto dei lavoratori»<sup>288</sup>.*

---

<sup>287</sup> Anche perchè «la “volontà del legislatore”, se il legislatore è un organo collegiale, non è una realtà psicologica, ma una costruzione. È una volontà che si riflette, per definizione, nel testo normativo emanato. Eventuali espressioni riconoscibili del formarsi dalla volontà del legislatore (meglio, dei partecipanti al processo legislativo) possono essere d'ausilio (talora decisivo) per la comprensione del testo normativo, ma il significato normativo del testo non si identifica in tali espressioni». Così D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 163.

<sup>288</sup> L'esempio di cui sopra (e il riferimento giurisprudenziale) è frutto delle ricerche di F. PERES, *L'interpretazione di un testo normativo*, in <http://www.image.unipd.it>. Un altro esempio di interpretazione evolutiva viene proposto da Guastini richiamando una pronuncia della Corte Costituzionale, la n° 49 del 1971, secondo cui: «Il problema della limitazione delle nascite ha assunto, nel momento storico attuale, una importanza e un rilievo storico tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune e tenuto anche conto del progressivo allargarsi della educazione sanitaria, sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema, nella diffusione delle conoscenze relative, nella propaganda svolta a favore delle pratiche anticoncettive». Così ricorda R. GUASTINI, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino 2001, p. 152.

Alcuni Autori definiscono l'intero procedimento anche con l'espressione *metodo teleologico*. Da *tèlos*, cioè scopo<sup>289</sup>.

Qui incomincia la vera difficoltà. Perché il fine – per quanto affascinante possa risultare il concetto – non è quasi mai un *quid* tangibile. Non è, cioè, un qualcosa che possiamo “toccare con mano”, ma è esso stesso il prodotto di un *iter* ricostruttivo nel quale potrebbero finire vedute personali o, ancor peggio, preferenze ideologiche<sup>290</sup>.

In realtà – a nostro parere – poco cambia rispetto a prima: tutto dipenderà, ancora una volta, dalla *coesistenza*, vale a dire dalle scelte condivise.

L'uomo – per intuizione aristotelica – è un animale sociale. Il che significa che la sua *evoluzione* si sostanzia *soltanto* nella forma associata.

Lo dimostra la nostra storia, fatta di famiglie, tribù, *gens*, *civitas etc*<sup>291</sup>.

La verità del diritto, seppur parziale ed oscillante<sup>292</sup>, contiene in sé *questa* verità che, invece, si mostra come assoluta: il *tèlos*, l'evoluzione o in qualsiasi altro modo si voglia definire il momento innovativo, mai sarà dato credibilmente dalla scelta di un singolo individuo<sup>293</sup>.

---

<sup>289</sup> La ricerca del fine della legge preoccupava anche Modestino (*D.* 1, 3, 25): «Nessuna ragione di diritto, o di benigna equità consente che quelle cose, le quali in un modo salutare si stabiliscono per la utilità di tutti, noi mercè una interpretazione più dura le spingiamo ad una severità pregiudizievole al loro vantaggio». Lo segnala W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto*, Roma 2001, pp. 154-155.

<sup>290</sup> Così denunciano G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, p. 121. Segnala e documenta una certa diffidenza nei confronti del criterio teleologico da parte della giurisprudenza anche A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 49. Secondo Pulitanò il *tèlos* deve anche considerare le ragioni dei *controinteressi*. Cfr. D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2005, p. 167.

<sup>291</sup> L'osservazione è contenuta in G. MARZANO, *L'interpretazione della legge, con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano 1955, p. 6 e ss. .

<sup>292</sup> Per alcuni Autori addirittura inesistente: «La verità non è raggiungibile con il discorso e con la riflessione giuridica: essa rimane coperta e forse proprio il diritto e i suoi strumenti sono usati allo scopo di mettere in scena una rappresentazione che è solo l'imitazione e perciò la falsificazione della verità. Quando ci si accanisce in un approfondimento, con l'illusione di scoprire la verità sottostante e parallela alla finzione, ci si perde in un labirinto che non lascia scampo. Questo è il diritto». Così G. BERTI, *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli 2004, p. 182.

<sup>293</sup> Anche per questo motivo Fracanzani considera *ingenua* la posizione del Betti sul punto: «Dichiarare che la forza di espansione assiologia, e quindi evolutiva, sia attribuita alle norme, e in particolare ai principi immanenti ai vari ordinamenti, più che ad una attività in senso stretto dell'interprete sembra, in realtà, nascondere una sorta di fiducia nelle capacità “intuitive” dell'interprete che vale la pena di mettere in luce, se non altro per evidenziare i pericoli cui

2.4.1. *Quarto criterio: l'analogia legis («...casi simili e materie analoghe») come espressione dell'eguaglianza di trattamento. Suoi trasversali utilizzi.*

Nel sapere logico-matematico ci si avvale dell'analogia per esprimere l'uguaglianza di rapporti tra cose diverse, normalmente attraverso l'utilizzo del concetto delle proporzioni:

$$\mathbf{A:B = C:D}$$

[si legge: **A** sta (:) a **B** come (=) **C** sta (:) a **D**].

Se uno dei termini è sconosciuto (ad es. **B**) è possibile comunque trovarlo, perché sta con uno degli altri termini noti (**A**) nell'identico rapporto che intercorre tra gli altri due (**C** e **D**)<sup>294</sup>.

Nella fisica, il termine sta ad indicare «la possibilità di studiare fenomeni diversi per mezzo dello stesso formalismo matematico»<sup>295</sup>.

In biologia si parla di analogia nei casi di «corrispondenza funzionale tra organi che differiscono per struttura anatomica ed origine embrionale. Sono esempi di organi analoghi le ali degli uccelli e quelle degli insetti o la pinna caudale di un pesce e quella di un cetaceo»<sup>296</sup>.

In teologia il concetto è rinvenibile nella Bibbia, dove si legge:

---

l'impostazione bettiana può dar adito». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 41.

<sup>294</sup> Concetto diverso, ma intimamente collegato, alle proporzioni è quello del sillogismo, scoperto da Aristotele, con cui si dà il via alla logica formale. Anche in questo caso siamo, infatti, alla presenza di un ragionamento deduttivo e necessario. Non tutti, però, riconoscono questa conquista: «Se il sillogismo deve essere considerato come il solo strumento proprio della ragione e il solo mezzo di conoscenza, ne seguirà che, prima di Aristotele, non ci fu nessuno che conoscesse o avrebbe potuto conoscere qualcosa mediante la ragione, e che, dall'invenzione del sillogismo, ci sarà stato solo uno su diecimila che abbia saputo farlo. Ma se Dio non è stato così avaro verso gli uomini da farne solo creature bipedi, e da lasciare ad Aristotele il renderli razionali». Cfr. J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, libro 4, cap. 17, par. 4. Anche Ackrill scrive: «Bisogna pertanto ammettere che le sue scoperte nel campo della logica formale si limitano a una parte della logica dei termini, la quale è essa stessa solo una parte – e la meno fondamentale – della logica nel complesso». C'è però da riconoscere un grande merito: «Il fatto che Aristotele non “psicologizzi” la logica, ma piuttosto la “matematizzi”, è divenuto un motivo di ammirazione». Cfr. J. L. ACKRILL, *Aristotele*, Bologna 1999, pp. 142 e 143.

<sup>295</sup> Così A. PASQUARELLI, sub voce *Analogia (fisica)*, in L'Enciclopedia, vol. 1, Torino 2003, p. 634, che cita, come esempio, il metodo della membrana elastica.

<sup>296</sup> Così S. CASTELLANO, sub voce *Analogia (biologia)*, in L'Enciclopedia, vol. 1, Torino 2003, p. 635.



«E Dio disse: “Facciamo l’uomo a nostra immagine, a nostra somiglianza, (...)”»<sup>297</sup>.

L’uomo e Dio sono due termini non identici, ma conoscibili: se conosco me stesso riuscirò a scoprire anche Dio. Non è Dio che mi dice chi è Lui, ma sono io che – attraverso la comprensione della mia esistenza – capirò la Sua; diversa e, per chi crede, più grande.

Così la realtà, attraverso il procedimento analogico, spalanca le porte alla trascendenza<sup>298</sup>.

Insomma quando risulta difficile trovare dei concetti propri riferibili ad un certo fenomeno, ci si affida – mediante procedimenti *intuitivi*<sup>299</sup> – alla pratica analogica<sup>300</sup>, anche se – va detto – a volte solo per “comodità” e/o per una certa pigrizia intellettuale.

---

<sup>297</sup> Gn., 1, 26.

<sup>298</sup> Per un maggiore approfondimento, si veda M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 177 e ss. (in particolare nota 4).

<sup>299</sup> Intuizione e analogia, nonostante l’apparente antitetività dei termini, possono coesistere: «...si può sottolineare il fatto che, a ben vedere, persino la conoscenza intuitiva, per quanto scevra di ragionamento, non possa prescindere dall’approdo a risultati analogici e come, per converso, la conoscenza analogica non possa non avvalersi di procedimenti intuitivi». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 177 (nella nota 1).

<sup>300</sup> Si discute in dottrina se il procedimento analogico possa configurarsi come procedimento *induttivo* o, diversamente, come *deduttivo*. Le soluzioni prospettate, però, non convincono del tutto. C’è chi ha considerato l’analogia un’induzione imperfetta (cfr. M. BOSCARRELLI, *L’analogia giuridica*, in “*Riv. trim. dir. proc. civ.*”, 1954, p. 624.) e chi, invece, una deduzione temperata (cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, p. 297.). In realtà entrambe le posizioni sembrano essere «affette dal medesimo vizio di derivazione scolastica, cioè – rispettivamente – la fiducia nella deduzione come fondamento della conoscenza, sulla base del sillogismo aristotelico, oppure la costruzione speculare fondata sull’induzione di derivazione empirica in forza della critica alle capacità euristiche della deduzione dacchè *predicatus inest subjecto*. In questo senso l’analogia viene di volta in volta ricostruita da quello che è ritenuto il punto di partenza: la deduzione o l’induzione. Ci si deve chiedere se non debba avvenire l’opposto: se il procedimento originario della conoscenza (addirittura il “sistema di funzionamento” della nostra mente) è il movimento dialettico per identità e differenza, allora sono induzione e deduzione a dover essere plasmate sulla struttura dell’analogia». Lo rileva M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 184 e ss. .

Da una parte, quindi, non si può non riconoscere la validità (oltre che la frequenza) del suo utilizzo<sup>301</sup>; dall'altra, però, va subito segnalata la sua *potenziale pericolosità*<sup>302</sup>: la corrispondenza deve, infatti, essere necessariamente *funzionale*. Termine che, non a caso, trova come suo sinonimo la razionalità<sup>303</sup>.

Ma veniamo al diritto.

L'articolo 12 delle preleggi, al secondo comma, stabilisce che:

«*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano **casi simili o materie analoghe***<sup>304</sup>».

Si pensi alla fattispecie A che possiede la qualifica x; se la fattispecie B è simile (perché appartenente alla medesima classe) alla A, anche in essa (B) sarà accoglibile la qualifica x<sup>305</sup>.

Il ricorso all'analogia nel diritto, viene tradizionalmente ricondotto all'osservanza del principio di uguaglianza di trattamento<sup>306</sup>, che *dovrebbe essere* alla base di tutto l'ordinamento giuridico<sup>307</sup>.

---

<sup>301</sup> Secondo Fracanzani «l'analogia costituisce il *paradigma* stesso della conoscenza in generale e, quindi, anche del ragionamento giuridico». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 179.

<sup>302</sup> Ciò perché «...la somiglianza tra due dati della realtà non è esso stesso un carattere naturalistico, ma il risultato di un giudizio valutativo di similitudine condizionato dal criterio di valore assunto. Così, ad esempio, tra una autovettura e una bicicletta vi è somiglianza in considerazione delle esigenze che fondano un divieto di transito a tutti i veicoli in una cd "zona pedonale", ma vi è dissonanza rispetto alle esigenze che fondano il divieto di accesso in autostrada per certe categorie di veicoli. Allorché si dichiara la somiglianza tra due fattispecie a confronto, *si privilegia* implicitamente il criterio di giudizio rispetto al quale sono determinanti e significativi certi elementi comuni (ad esempio, l'essere la bicicletta e l'autovettura due veicoli parimenti disturbanti il passeggio dei pedoni). Ma, poiché nell'analogia la fattispecie "simile" *non è prevista* dalla legge, sussiste sempre il dubbio che possa essere invece privilegiato il criterio di giudizio rispetto al quale sono al contrario determinanti e significativi gli elementi differenziali (ad esempio, la diversa velocità sviluppata dalla bicicletta e dall'autovettura)». Così F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2006, pp. 138-139.

<sup>303</sup> È appena il caso di anticipare che ciò avviene anche per il diritto: «Non nella volontà della legge, bensì nella sua *razionalità* (intesa come corrispondenza ad una esigenza storicamente condizionata) può consistere il fondamento dell'analogia». Così E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 167.

<sup>304</sup> Tale terminologia viene considerata «equivoca» da L. CAIANI, voce *Analogia: b) teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 349.

<sup>305</sup> Così esprime la similitudine F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino 2000, p. 118.

Tuttavia, considerando i già accennati nodi problematici del momento applicativo (specialmente), ci sia consentito esprimere tutta la nostra perplessità sul fatto che ciò effettivamente avvenga<sup>308</sup>.

Le evidenti e, forse fisiologiche, difficoltà operative non devono, però, giustificare ulteriori fraintendimenti.

Per comprendere la struttura analogica, occorre allora prima tentare di cogliere la vera natura della sua matrice: come deve essere inteso il principio contenuto nell'articolo 3 della nostra Carta costituzionale?

Sembra possibile poter affermare che eguaglianza non significa (quasi) mai assenza di differenze. Il vero obiettivo è un qualcosa di più sottile: *trattare ugualmente le situazioni uguali e diversamente le diverse*.

Anche in matematica, del resto, si direbbe che:

$$+ \cdot + = + \quad \text{e} \quad + \cdot - = -$$

L'articolo 3 della Costituzione<sup>309</sup> non mira – come visto (cfr. § 1.2.) – a realizzare una parità di natura assoluta<sup>310</sup> ma, al contrario, un'eguaglianza relativa<sup>311</sup>. Che,

---

<sup>306</sup> A. TRABUCCHI, sub voce *Analogia (diritto)*, in L'Enciclopedia, vol. 1, Torino 2003, p. 635. Le ragioni di ciò sono probabilmente da cercare nella concezione positivista delle fonti del diritto che ha «obliterato quale fondamento dell'analoga e della somiglianza anche quella forma eminente di equità che è l'uguaglianza». Così G. CARCATERRA, sub voce *Analogia*, in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma 1988, p. 13.

<sup>307</sup> Secondo Carcaterra il principio dell'eguaglianza, ancor prima del momento applicativo, deve essere alla base dell'intera attività del legislatore: «...questi deve trattare allo stesso modo tutti i soggetti dell'ordinamento a meno che buone ragioni giustifichino un trattamento differenziato». Così G. CARCATERRA, *Corso di filosofia del diritto*, Roma 1996, p. 169.

<sup>308</sup> Osserva Rodolfo Sacco: «Il principio di uguaglianza giuridica non ha un valore in sé e per sé, ma solo in quanto si riflette nella psicologia dell'interprete». Cfr. R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 2003, p. 93.

<sup>309</sup> Si riporta per memoria: «*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*». Già nello Statuto albertino, all'articolo 24, era possibile leggere: «*Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo e grado, sono eguali dinanzi alla legge*».

<sup>310</sup> Esistono, infatti, alcune deroghe al principio. «Tali deroghe sono contenute: nell'art. 29, per il quale l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi può essere limitata dalla legge a garanzia dell'unità familiare; negli artt. 68 e 122 che sottraggono i parlamentari ed i consiglieri regionali alla responsabilità civile, penale ed amministrativa per le opinioni espresse ed i voti dati nell'esercizio delle loro funzioni; ancora nell'art. 68 che subordina, inoltre, ad una autorizzazione della Camera alla quale appartengono la limitazione della libertà personale e domiciliare dei parlamentari; nell'art. 90, che sottrae il Presidente della Repubblica che abbia compiuto

per evitare di trasformare la discrezionalità in arbitrio, deve essere indagata anche attraverso un *controllo di ragionevolezza* operato dalla Corte Costituzionale<sup>312</sup>.

Questo ci fa meglio comprendere che *niente* di quello che ha a che fare con l'analogia e, più in generale, con il diritto, può essere considerato come «matematicamente certo»<sup>313</sup>.

L'analogia – è stato più volte osservato – esprime soltanto una *probabilità*<sup>314</sup> che, tuttavia, può essere misurata attraverso l'utilizzo di alcuni criteri:

- Il numero di entità<sup>315</sup>.
- Il grado di dissimilarità tra le entità<sup>316</sup>.

---

determinati reati alla giurisdizione ordinaria; nell'art. 98, che prevede la possibilità di stabilire con legge limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per alcune categorie di cittadini». Così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 2000, p. 520.

<sup>311</sup> «L'eguale trattamento, infatti, non deve rendere identici, ma deve consentire a ciascun essere di conservare le proprie peculiarità». Così T. SERRA, *Diritti e democrazia tra eguaglianza e differenza*, in L. PALAZZANI (a cura di), *Il diritto tra uguaglianza e differenza di genere*, Torino 2005, p. 100. Emblematiche, sul principio dell'eguaglianza, sono alcune considerazioni formulate dal premio nobel per l'economia Sen: a) L'eguaglianza «deve scendere a patti con l'esistenza di una diffusa diversità umana»; b) «La diversità umana viene lasciata da parte non per una alta motivazione legata all'eguaglianza degli esseri umani ma sulla base di una bassa esigenza di semplificazione»; c) «Gli esseri umani sono diversi, ma sono diversi in modi differenti». Cfr. A.K. SEN, *La disuguaglianza, un riesame critico*, Bologna 2002, pp. 15-16 e pp. 122-123;

<sup>312</sup> Per una pregevole carrellata giurisprudenziale, cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano 2000, p. 520 e ss. . Per un completo approfondimento sul canone della ragionevolezza, si rimanda alle osservazioni formulate da F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, pp. 7-93. Per cogliere il rapporto fra ragione e ragionevolezza, si veda M. COSSUTTA, *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino 2003, pp. 116-122.

<sup>313</sup> «...nessun argomento per analogia deve essere inteso come matematicamente certo. Gli argomenti analogici non sono classificabili come validi o invalidi. Tutto ciò che si può da loro richiedere è una probabilità». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 465.

<sup>314</sup> Probabile nel senso di storicamente condizionato. Sul punto L. CAIANI, sub voce *Analogia: b) teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 364, nonché, dello stesso Autore, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1953, p. 14 e ss. . Contrariamente a questa impostazione N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 89. Cfr., altresì, L. GIANFORMAGGIO, voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile, I*, 1987, p. 323. Quest'ultima impostazione «lascia perplessi» per il suo tentativo «di far coincidere i criteri e i ragionamenti del diritto con quelli della logica formale». Per un completo approfondimento, si veda M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 186 e ss. .

<sup>315</sup> «Un gran numero di esperienze dello stesso genere con lo stesso oggetto aiuteranno a stabilire la mia conclusione (...) con un grado di probabilità molto maggiore di quello che avrei se la mia conclusione fosse basata su di un solo caso». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, pp. 470-471.

<sup>316</sup> «Quando più diversi tra loro sono i casi a cui si riferiscono le premesse, tanto più forte è l'argomento». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 471.

- Il numero di aspetti<sup>317</sup>.
- La rilevanza degli aspetti<sup>318</sup>.
- Il numero e l'importanza delle disanalogie<sup>319</sup>.
- La moderatezza della conclusione tratta dalle premesse asserite<sup>320</sup>.

Ma il procedimento dell'analogia, con i suoi non sempre chiari accertamenti – che, come visto, spaziano dalla logica formale alla statistica delle probabilità – prima di esaminare *le cose* dovrebbe occuparsi *dell'uomo*. E del suo «ritratto»<sup>321</sup>. E qui la vicenda rischia di complicarsi ulteriormente. Come sempre avviene quando entra in scena l'*umanità*, con tutto il carico della sua variegata esperienza. Ciò non deve spaventare oltre il dovuto, a patto di considerare, in ordine ai soggetti, le diverse “categorie” a cui ciascuna norma è destinata, proprio per evitare – il principio ispiratore è sempre lo stesso – «di trattare situazioni

---

<sup>317</sup> «Quanto più grande è il numero degli aspetti sotto i quali la particolare entità individuata nella conclusione dell'argomento è simile a quelle individuate nelle premesse, tanto più probabile è la conclusione». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 471.

<sup>318</sup> «...in un argomento per analogia le analogie rilevanti sono quelle che fanno intervenire attributi casualmente collegati: tipo, età, caratteristiche che *influiscono sulla solidità*». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 472.

<sup>319</sup> «Una disanalogia è un elemento di differenza, un aspetto sotto cui il caso su cui stiamo ragionando differisce dai casi su cui l'argomento è basato». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 473.

<sup>320</sup> «Quanto più contenuta è la tesi, tanto più leggero è il peso addossato alle premesse e tanto più forte l'argomento; quanto più estrema è la tesi, tanto maggiore è il peso e tanto più debole l'argomento». Così I.M. COPI e C. COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna 1998, p. 475.

<sup>321</sup> «Non si trova, veramente, nella legge civile un ritratto del venditore o del compratore, come nella legge penale un ritratto dell'omicida o del ladro: dicendo che la vendita è l'accordo tra due persone per scambiare una cosa con una somma di denaro o l'omicidio è un uomo che ne uccide un altro non si lascia veder nulla né del venditore né del compratore né dell'uccisore né dell'ucciso; che ritratto sarebbe questo, nel quale non si vede il ritrattato?». Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 53-54. E ancora: «Uno, per sapere il diritto, dovrebbe sapere quelle cose, che si chiamano diritto: una legge, una sentenza, un contratto, un delitto. Io so che una legge non è una sentenza, né una sentenza è un contratto né un contratto un delitto. Ma quando so queste cose, cosa so? Anche uno zoologo sa distinguere una capra da un montone...Un furto? Un furto è tanto vero quanto un triangolo o una sfera. Vero è un uomo che ruba. Per conoscerlo bisogna distinguerlo non solo da un uomo che non ruba ma anche da ogni altro che ha rubato (...). Un ladro, il più volgare dei ladri, colto con le mani nel sacco, convinto, confesso, non è quell'attimo di storia, tagliato fuori dal resto, che qualcuno ha veduto: è tutta la strada, per la quale è arrivato a quell'attimo, tortuosa anche quando par dritta, lunga anche quando par breve; e l'altra ancora, per la quale arriverà da quell'attimo, più in basso o più in alto, alla perdizione o alla redenzione». Così F. CARNELUTTI, *La storia e la fiaba*, Roma 1945, pp. 96-97.

omogenee in modo differenziato, ovvero situazioni disomogenee in modo eguale»<sup>322</sup>.

In definitiva è possibile sostenere che va garantita «ad ognuno eguaglianza di trattamento, quando eguali sono le condizioni **soggettive ed oggettive** alle quali le norme giuridiche si riferiscono»<sup>323</sup>.

#### 2.4.2. L'analogia nella Common law: il giudice-sovrano.

Quando si discute di analogia giuridica, è opportuno riproporre anche la differenza tra *Common law* e *Civil law*.

In verità tale distinzione è, negli ultimi tempi, entrata in crisi. Poiché il *diritto dei Codici* – peculiarità dei sistemi giuridici dell'Europa continentale<sup>324</sup> – sembra aver, e già da tempo, ceduto il passo al *diritto dei giudici*.

Non solo. Come oramai inarrestabile si mostra il processo di «destatizzazione del diritto»<sup>325</sup> (cioè di spostamento del diritto al di fuori dello Stato), che sempre nelle toghe trova un sicuro riparo e legittimazione<sup>326</sup>.

---

<sup>322</sup> A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 1985, p. 14.

<sup>323</sup> Così Corte Cost., sentenze 26 gennaio 1957, n° 3 e n° 28, in L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova 1998, p. 168. Patrizia Ferragamo, in un lucido riesame critico del principio dell'eguaglianza, distingue fra tre classi: a) l'eguaglianza assoluta; b) l'eguaglianza e l'universalità; c) l'eguaglianza e la giustificazione delle differenze. Arrivando anche ad una conclusione, per noi condivisibile: la giustificazione delle differenze («se non è razionalmente giustificata una differenza di trattamento fra due casi, allora essi debbono venire trattati allo stesso modo») è la formula che meglio rappresenta il principio in questione e a cui è possibile rivolgersi con rinnovato interesse. Per un completo approfondimento, P. FERRAGAMO, *Le formule dell'eguaglianza. Da Kelsen a Nagel*, Torino 2004, p. 77, nonché, della stessa Autrice, *Il principio di eguaglianza nell'etica contemporanea. Un'antologia*, Torino 2002. Questo significa allora che tale principio, più che necessario punto di partenza, deve essere considerato un obiettivo da raggiungere. Lo rileva L. PALAZZANI, *La cittadinanza tra eguaglianza e differenza: le istanze del femminismo giuridico*, in «Archivio giuridico», 1999, p. 350.

<sup>324</sup> Tuttavia è il sistema della *Common Law* che, paradossalmente, si avvicina maggiormente al diritto romano e, quindi, alla tradizione continentale. «La *Common law* risulta singolarmente vicina allo spirito del diritto romano classico: analogamente a quest'ultimo, infatti, essa è fondamentalmente una *case law* non scritta, cioè una giurisprudenza che si fonda sulla decisione degli specifici casi concreti...Orbene, non era lo *ius civile romano*, appunto, un diritto non scritto, creato come metodo casistico dai giuristi? Uno *ius* che, secondo il celebre passo di Pomponio (D. I, 2, 2, 5), «*sine scripto venit compositum a prudentibus*»? Non stupisce dunque che Frederic William Maitland, il grande storico del diritto inglese, dica che i giuristi anglosassoni sono più romani dei romanisti». Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano 1982, p. 481. Ricorda Stein: «C'erano registri dei *writs* che elencavano quelli concessi d'abitudine, e i litiganti inglesi potevano ottenerli dalla cancelleria nello stesso modo in cui quelli romani sceglievano le loro formule dall'editto del pretore». Cfr. P. STEIN, *I Fondamenti di diritto europeo*, Milano 1987, p. 52.

Al di là della sempre più importante attività di nomofilachia<sup>327</sup> della nostra Corte di Cassazione, basti pensare – per quanto concerne la seconda questione – alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, che è fonte del diritto comunitario e quindi, per il vigente *principio della prevalenza*, oramai anche degli ordinamenti interni<sup>328</sup>.

E questo alimenta – inutile negarlo – l’odierna e progressiva disgregazione del principio della tripartizione dei poteri<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> L’espressione è di S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009, p. 42, a cui si rinvia per un completo approfondimento. La problematica della globalizzazione giuridica, peraltro, presenta dei numeri che devono far riflettere sulla sua precarietà: «Gli Stati sono quasi 200, le organizzazioni internazionali 2000 (e le Organizzazioni internazionali non governative – Ong – sono 20 mila; secondo una recente valutazione dell’Onu, addirittura 44 mila). Esistono, dunque, più condomini che proprietà». Così, ancora, S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari 2007, p. 8.

<sup>326</sup> «Ciò che spinge i giudici a citare la giurisprudenza straniera non è soltanto la necessità di reperire soluzioni giuridiche o spunti argomentativi per risolvere questioni complesse, che non trovano un’univoca risposta all’interno della cornice giuridica statale, ma anche e soprattutto la volontà di sostenere con puntelli autorevoli le loro trame argomentative». Così, M. VOGLIOTTI, *Introduzione*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino 2008, p. 21. Per un completo approfondimento, cfr. M. DELMAS-MARTY, *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino 2008, pp. 127-143.

<sup>327</sup> «È significativo che l’art. 52, comma 5, della recentissima legge n° 69 del 18 giugno 2009, novellando il primo comma dell’art. 118 delle “*Disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile*”, introduce espressamente, a proposito della motivazione della sentenza, il valore argomentativi del “riferimento a precedenti conformi”. Così osserva A. INCAMPO, *Metafisica del processo*, Bari 2010, p. 135 (nella nota 144).

<sup>328</sup> Tale principio fu affermato per la prima volta nella sentenza 6/64 del 15 luglio 1964, *Costa c. Enel*. Tuttavia è nella sentenza 106/77 del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal* che la Corte chiarì in maniera definitiva il concetto, sostenendo che «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l’effetto, non solo di rendere “*ipso iure*” inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell’ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie». Non solo. Il giudice nazionale «ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale». Per un maggiore approfondimento bibliografico, si veda S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009, pp. 46-49.

<sup>329</sup> Tra le prime e più importanti sentenze della Corte Costituzionale che riconoscono la rilevanza della giurisprudenza comunitaria quale fonte di diritto anche nell’ordinamento nazionale, vedasi Corte Cost. n° 113\1985 e Corte Cost. n° 389\1989. Il principio della separazione dei poteri presenta, del resto, numerose eccezioni anche a livello interno: pensiamo, ad esempio, al Parlamento che esercita funzioni giurisdizionali quando mette in stato d’accusa il Presidente della Repubblica, o al Governo che esercita attività legislativa quando emana i Decreti Legge, o ancora

La *Common law* si basa sulla regola del precedente vincolante (*stare decisis*), secondo cui ogni Corte deve seguire le precedenti decisioni di Corti gerarchicamente ad essa pari o superiori. Invero, anche se la tradizione inglese (decisamente poco *metafisica*!) presenta il sistema della *Common law* come un insieme di principi giuridici preesistenti all'applicazione giudiziaria, in realtà essa è diritto prodotto dalle Corti<sup>330</sup>.

Dove l'utilizzo dell'analogia è evidente e penetrante.

Per comprendere la *diversa* importanza riconosciuta all'analogia nel mondo anglosassone, può essere utile soffermarsi brevemente sul cosiddetto problema delle *dissenting opinions*: la Corte di Cassazione italiana è divisa in sezioni semplici (cinque membri) e sezioni unite (nove membri). Ogni giudice segue, per una inevitabile diversità culturale, una certa prospettiva giuridica, anche se poi la sentenza viene imputata ad ognuno dei membri.

Ogni pronuncia viene, quindi, considerata come il prodotto di un'unità di intenti, anche se, nella realtà, le decisioni sono quasi sempre prese a maggioranza<sup>331</sup>.

Le sentenze anglosassoni presentano, per converso, l'*opinione di maggioranza* e l'eventuale *opinione di minoranza* e ciò viene espressamente dichiarato.

Questo significa che se l'opinione dissenziente appartiene ad un giudice autorevole si potrà in un momento successivo, e a maggior ragione, mutare l'indirizzo giurisprudenziale: il giudicante, posto di fronte ad un precedente vincolante che non condivide, cercherà di ravvisare nella fattispecie concreta degli elementi che la rendono diversa dal caso già trattato e potrà, così, prendere la decisione attraverso i cosiddetti pareri discordanti.

---

all'esercizio di funzioni materialmente amministrative da parte della Magistratura attraverso la cosiddetta volontaria giurisdizione.

<sup>330</sup> A. CHIANALE, sub voce *Common law*, in L'Enciclopedia, vol. 5, Torino 2003, p. 208. Lo stesso Peter Stein ricorda: «Probabilmente, ciò che caratterizza in modo significativo il compito del giudice inglese moderno è il potere discrezionale conferitogli per decidere non in base a regole precise, ma secondo il suo senso di giustizia». Emblematico è il pensiero di Jeremy Bentham, che ironicamente definisce il diritto anglosassone come "*il diritto dei cani*": «Quando il tuo cane fa qualcosa che desideri non faccia più aspetti che agisca e poi lo picchi (...) ecco come i giudici fanno il diritto per voi e per me». Cfr. P. STEIN, *I Fondamenti del diritto europeo*, Milano 1987, pp. 72, 128 e 246.

<sup>331</sup> A volte è, paradossalmente, lo stesso estensore ad avere un parere contrario, con un susseguente problema di scadente chiarezza della sentenza, visto che è naturalmente più difficile scrivere ciò che non è condiviso.



Come se non bastasse, negli ordinamenti anglosassoni il parere persuasivo si può rinvenire anche negli altri Paesi della *Common law* e quindi, ad esempio, un giudice inglese potrà consultare le sentenze degli Stati Uniti e rifarsi ad un precedente di quel Paese.

Di fatto, quindi, il precedente è vincolante solo “in teoria” perché ampia, e forse troppo, è l’interpretazione analogica, che permette ad un giudice della *Common law* non solo di oscillare tra le opinioni di maggioranza o di minoranza, ma addirittura di scegliere un caso di un altro Paese e di “rivestirlo” come proprio, cogliendo ciò che piace e ciò che serve<sup>332</sup>.

### 2.4.3. Brevi cenni storici sull’analogia.

Fino al XVIII secolo, la parola analogia indicava un procedimento interpretativo diverso da quello basato sulla somiglianza delle fattispecie<sup>333</sup>. Questo, però, non significa né che tale procedimento sia stato introdotto per la prima volta nella scienza giuridica settecentesca, né che la diversità di significati assunti nel corso dei secoli dalla parola sia così grave da poter far pensare a concetti diametralmente opposti a quelli attuali<sup>334</sup>.

L’analogia, quindi, nasce con l’uomo<sup>335</sup> e cresce di pari passo con la storia e le esigenze dello stesso, dal primitivo baratto<sup>336</sup> alle odierne teorie interpretative.

---

<sup>332</sup> La cosa, tuttavia, non sembra preoccupare oltremisura Mantovani, secondo cui «...la pericolosità o la convenienza dell’analogia dipendono dalla mentalità e finalità con cui il giudice fa ad essa ricorso e, in definitiva, dal grado di consenso generale sui valori fondamentali di democraticità di un popolo, dall’indipendenza e imparzialità della magistratura e dal costume giudiziario». Così F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2001, p. 75.

<sup>333</sup> V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 344.

<sup>334</sup> «Sarebbe errato, infatti, confondere la storia dei significati assunti nel corso dei secoli dalla parola analogia con la storia del concetto che il vocabolo esprime comunemente nella scienza giuridica dei nostri giorni. Se fosse fatta tale confusione, si dovrebbe giungere alla conclusione errata che il processo interpretativo dell’analogia sia stato introdotto nella scienza giuridica solamente nel secolo XVIII, quando, cioè, si cominciò a parlare di una *analogia legis*». Così V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 345.

<sup>335</sup> Emblematiche, a tal proposito, sono alcune considerazioni di alcuni Autori: «La storia dell’analogia coincide con la stessa storia del pensiero umano». Così E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Bologna 1968. «Trovare una somiglianza è atto costitutivo di ogni forma di intelligenza: è solo intuendo un’analogia che noi giungiamo a cogliere una struttura comune in cose differenti». Così G. CARCATERRA, sub voce *Analogia (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma 1988, p. 1.

Il perché è di facile intuizione: l'analogia offre «la possibilità di ricondurre più oggetti all'unità di una medesima categoria»<sup>337</sup> e questa *funzione unificante*, già notata da Aristotele<sup>338</sup>, è ciò che *spontaneamente* cerca l'intelletto umano.

Il sistema giuridico romano dell'epoca repubblicana e del primo periodo imperiale produceva diritto positivo attraverso l'interpretazione della giurisprudenza. E ogni decisione aveva il suo fondamento giuridico nell'*auctoritas*; in realtà, l'autore si ispirava agli *exempla* provenienti da precedenti norme create per disciplinare rapporti analoghi<sup>339</sup>.

Il procedimento analogico fu adoperato anche nell'età del Basso Impero: le espressioni «*ad exemplum*», «*ad instar*», «*ad similitudinem*», frequenti nelle costituzioni imperiali dall'epoca diocleziana dimostrano, infatti, che l'imperatore seguiva un certo ragionamento analogico in virtù della sua potestà legislativa.

Tuttavia soltanto l'imperatore era legittimato a interpretare le (proprie) disposizioni normative, mentre l'interpretazione analogica dei giuristi e dei

---

<sup>336</sup> Il baratto è lo scambio che avviene senza utilizzo di moneta, cioè scambiando un bene direttamente con un altro bene. Lo scambio è possibile proprio perché tra i due beni esiste *aedem qualitas*, cioè lo stesso (o simile) valore.

<sup>337</sup> «Si possono distinguere tre livelli di unificazione dell'esperienza giuridica: l'unificazione intrasistemica, onde molteplici norme, rapporti o istituti vengono ricondotti all'unità di un più ampio contesto e al limite di un medesimo ordinamento giuridico; l'unificazione intersistemica, per cui si determinano caratteri e strutture comuni o a momenti diversi di uno stesso ordinamento o a più ordinamenti distinti nello spazio, nel tempo o per ambienti culturali, ordine di ricerca nel quale operano la storia e la comparazione giuridica; l'unificazione transistemica con cui, al livello più universale, la logica, la teoria generale e la Filosofia del Diritto tentano di cogliere le strutture comuni ad ogni possibile sistema giuridico. L'analogia ha un ruolo centrale in ciascuno di questi livelli di unificazione, proprio in quanto riconoscimento di attributi e di strutture comuni in una molteplicità di dati». Così G. CARCATERRA, sub voce *Analogia (teoria generale)*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma 1988, p. 1.

<sup>338</sup> *Met.*, V, 6, 1016b, 15.

<sup>339</sup> L'utilizzo dell'analogia è sostenuto da Salvio Giuliano, Pedio e Ulpiano. Lo segnala F. SERRAO, sub voce *Interpretazione della legge (diritto romano)*, in Enciclopedia del diritto, Vol. XXII, Milano 1972, p. 249. Pertanto «non è possibile mettere in dubbio che i giuristi romani abbiano usato il ragionamento della analogia, perché sono troppo numerosi gli esempi della sua applicazione. Bisogna solo tener presente che essi non lo hanno mai considerato siccome il processo mentale che consiste nell'estendere logicamente una conclusione stabilita da norme generali». Così precisa V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in Enciclopedia del diritto, vol. II, Milano 1958, pp. 345-346. Per un recente quanto completo approfondimento storico dell'analogia, si veda C. STORTI (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici. Atti del Convegno di Como 17-18 novembre 2006*, Napoli 2010.

giudici era vista con sospetto, perché minava la fondamentale certezza del diritto. Al punto che Giustiniano finì per vietarla<sup>340</sup>.

Nel Medioevo i grammatici, i dialettici e i teologi attribuirono alla parola analogia il significato matematico di proporzione, nonché quello più generico di comparazione.

Nell'Alto Medioevo l'analogia venne utilizzata nelle opere logiche e retoriche secondo la tradizione culturale aristotelica e ciceroniana, fino ad interessare anche quelle giuridiche<sup>341</sup>.

La chiave di volta si ha, però, più tardi con i Glossatori i quali, partendo da un passo del Digesto<sup>342</sup>, iniziarono ad elaborare il concetto di «*extensio legis a similibus ad similia*»<sup>343</sup>.

La «*similitudo*» si aveva quando le fattispecie, pur essendo differenti, possedevano «*aedem qualitas*»: cominciava a prendere piede l'idea in base alla quale «il legislatore umano non sarebbe stato mai in grado di regolare espressamente tutti i rapporti sociali bisognosi di disciplina giuridica»<sup>344</sup>.

Questa nuova consapevolezza divenne, col fluire del tempo, necessaria *evoluzione*.

Da questo quadro storico generale quello che è opportuno sottolineare, perché ai nostri fini importante, è che, dai Glossatori ai Giusnaturalisti, il ragionamento

---

<sup>340</sup> «...anche se proprio a un passo del Digesto offre lo spunto per ricavare la sua piena ammissibilità (D. I, 3, 10) e se più tardi proprio dai luoghi del *Corpus iuris* i giuristi medioevali sono partiti per costruire teoreticamente il procedimento analogico». Così V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in Enciclopedia del diritto, vol. II, Milano 1958, p. 346.

<sup>341</sup> «Nell'*Expositio ad librum papiensem*» si parla esplicitamente di interpretazione analogica: per *similitudinem intelligere* (*Expos. ad Roth.* 47, 13) e così pure nella *Summa Perugina: Iudicatum imperatoris legem esse etiam in aliis similibus causis* (I, 14, l. II). Cfr. V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in Enciclopedia del diritto, vol. II, Milano 1958, p. 346.

<sup>342</sup> Ci si riferisce ad un passo di Giuliano (*Iul. Dig.* 3, 10-12).

<sup>343</sup> V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in Enciclopedia del diritto, vol. II, Milano 1958, p. 346.

<sup>344</sup> «L'interpretazione a *similibus ad similia* appariva il soccorso mirabile del pensiero all'impossibilità del legislatore di adempiere in maniera esauriente la sua missione, poiché sulla base delle leggi positive l'interprete poteva elaborare nuove massime di decisione per situazioni nuove ed imprevedute, attraverso argomentazioni e deduzioni logiche. D'altra parte ai Commentatori sembrava che il procedimento interpretativo dell'*argumentum a simili* avesse i suoi fondamenti in quei valori supremi dell'equità e della razionalità naturali che erano considerati dai giuristi medievali i principi supremi del diritto positivo, i criteri essenziali della sua valutazione interpretativa. Così precisa V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in Enciclopedia del diritto, vol. II, Milano 1958, pp. 347-348.

analogico nasce per motivi sostanzialmente identici: l'esigenza di giustizia, di eguaglianza, di equità<sup>345</sup>, per motivi di opportunità politica e sociale, per favorire la razionalità e quindi, più in generale, per un dovere morale e giuridico insieme. Vincenzo Piano Mortari sostiene, infatti, che «*l'argumentum a simili* dei Glossatori, dei Commentatori e dei giuristi della scuola culta è perfettamente identico dal punto di vista logico al procedimento dell'*analogia legis* dei giusnaturalisti della fine del Settecento»<sup>346</sup>.

#### 2.4.4. La legge del taglione: una prima (e primitiva) formulazione di analogia giuridica?

Il procedimento analogico, come appena visto, pur assumendo significati parzialmente diversi nel corso dei secoli, nasce per motivi pressochè identici e, in particolare, per la fondamentale esigenza di giustizia e di eguaglianza.

Non ci sembra quindi azzardato, se questi sono i presupposti, considerare ed includere nel medesimo contesto la famigerata legge del taglione (se uno aveva fatto "tale cosa", gli si infliggeva uguale castigo) che potrebbe, in un certo qual modo, rappresentare la genesi di una moderna esigenza di giustizia<sup>347</sup>, nonché del procedimento analogico per definizione legislativa.

Il taglione è una delle leggi più longeve del mondo in quanto fu rinvenuta già nel Codice di Hammurabi, il più antico che si sia scoperto completo<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> «Aristotele (*Eth. Nic.*, 1137a 31ss. nonché *Rhet.*, 1374a 27ss) parla di *equitas* come di quella componente che serve a dare la migliore interpretazione del diritto e che viene in soccorso soprattutto quando da una applicazione letterale di una norma conseguirebbero palesi ingiustizie. E attraverso *l'equitas*, secondo Aristotele, che si sarebbe recuperata l'intenzione del legislatore, anche se solo in via ipotetica (...). Per i romani invece ricercare *l'equitas* non significa tanto ricercare l'intenzione ipotetica del legislatore ma quella reale; *l'equitas* non è una correzione del diritto ma una semplice spiegazione del diritto stesso. È, quindi, un elemento già presente nella norma: l'interprete deve solo tirarlo fuori». Cfr. V. GRECO, *Il distacco dall'interpretazione letterale nel diritto romano e in quello intermedio*, in <http://www.dialettico.it>

<sup>346</sup> Così V. PIANO MORTARI, voce *Analogia: a) cenni storici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 348.

<sup>347</sup> Secondo Del Giudice, il taglione «per quanto rozzo e brutale rappresenta pur sempre un progresso rispetto alla vendetta, come la pena pubblica rappresenta un progresso di fronte alla pena privata». Così segnala M.A. BENEDETTO, sub voce *Taglione*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVIII, Torino 1957, p. 1023.

<sup>348</sup> Hammurabi, sesto re della dinastia di Babilonia, vissuto attorno all'anno 1700 a.C.; di fronte all'instabilità giuridica e sociale in cui vivevano i sudditi del suo regno, decise di promulgare una collezione di sentenze alle quali i giudici potessero ispirarsi per dirimere problemi di giustizia. Ne

Cinquecento anni dopo anche Mosè diede al popolo di Israele una serie di norme e, tra queste, c'era appunto la legge del taglione, che appare per ben tre volte nella Bibbia.

La prima, quando gli israeliti si accamparono di fronte al monte Sinai. Mosè prese la parola e ordinò:

*«Ma se segue una disgrazia, allora pagherai vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, bruciatura per bruciatura, ferita per ferita, livido per livido»<sup>349</sup>.*

La seconda, ancora sul monte Sinai, quando Mosè ne riprescrisse l'osservanza:

*«Se uno farà una lesione al suo prossimo, si farà a lui come egli ha fatto all'altro, frattura per frattura, occhio per occhio, dente per dente; gli si farà la stessa lesione che egli ha fatto all'altro. Chi uccide un capo di bestiame lo pagherà; ma chi uccide un uomo sarà messo a morte»<sup>350</sup>.*

Anni più tardi, nella pianura di Moab, Mosè ripeté la legge per la terza volta quando gli ebrei stavano per lanciarsi alla conquista della terra promessa:

*«Il tuo occhio non avrà compassione: vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede»<sup>351</sup>.*

La legge del taglione, nonostante la sua apparente crudeltà, in realtà venne a stabilire un principio di grande misericordia: la vendetta non deve mai eccedere l'offesa<sup>352</sup>.

---

risultò un codice, formato da 282 articoli, scolpiti in una stele di pietra di 2,25 metri di altezza, rinvenuto dagli archeologi francesi nel 1901 e da allora esposto nel museo del Louvre. Lo segnala A. ÁLVAREZ VALDÉS, *Cosa sappiamo della Bibbia?*, vol. 3, Vicenza 2003, pp. 41-50. Per cogliere l'applicazione non sistematica del Taglione nel corso della sua lunga storia, cfr. M.A. BENEDETTO, sub voce *Taglione*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVIII, Torino 1957, p. 1023.

<sup>349</sup> *Es.* 21, 23-25.

<sup>350</sup> *Lv.* 24, 19-21.

<sup>351</sup> *Dt.* 19, 21.

Nell'antico Oriente, infatti, era molo diffusa la vendetta, che però comportava rappresaglie spropositate rispetto alle offese ricevute.

Un esempio si trova nel libro della Genesi; lì si racconta che Caino, dopo aver ucciso il fratello Abele, fuggì e si nascose. Allora una voce disse:

«Però chiunque ucciderà Caino subirà la vendetta sette volte»<sup>353</sup>.

La legge del taglione, quindi, fece progredire l'umanità verso la civiltà, la convivenza e il progresso delle relazioni umane.

Attraverso «la retribuzione dell'uguale con l'uguale»<sup>354</sup>.

Tutto ciò appare come un primitivo tentativo di razionalità giuridica, come una *timida* idea di giustizia con cui si cercava, appunto, di trattare *ugualmente le situazioni uguali e diversamente le diverse*.

Non crediamo, di conseguenza, che sia errato individuare nella pratica del taglione una prima, anzi *la prima*, forma di analogia giuridica sancita per legge, di cui addirittura è possibile rinvenire nei testi i limiti prescritti: anzitutto l'unico soggetto incaricato di applicarla era il giudice e quindi, al contrario di quello che si pensa, i cittadini non potevano farsi giustizia da soli<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> A. ÁLVAREZ VALDÉS, *Cosa sappiamo della Bibbia?*, vol. 3, Vicenza 2003, pp. 41-50.

<sup>353</sup> Gn. 4, 5. Diversa la prospettiva del Rosmini, secondo cui in questo modo Dio «pose un segnale su Caino, accionchè alcuno, trovandolo, non l'uccidesse». Così A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Padova 1969, p. 636.

<sup>354</sup> M.A. BENEDETTO, sub voce *Taglione*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVIII, Torino 1957, p. 1023.

<sup>355</sup> Tale limite non viene, però, considerato da Rosmini, secondo cui «né l'individuo né la società può esercitar *a pieno* il Diritto penale». Invero scrive: «Finalmente, sviluppandosi e consociandosi maggiormente il genere umano, crescendo la divina rivelazione, e finalmente giungendo questa al suo meriggio colla Parola di Dio incarnata; l'esecuzione pratica del diritto di punire, come tale, venne tolta forse affatto all'uomo, e riservata al solo Dio. E veramente, la fede perfetta, qual è quella del cristiano, il persuade che Iddio punisce tutte le ingiustizie, che le punisce senza errore, e compiutamente, e nel modo più acconcio al maggior bene dell'uomo, chiamando ad un amplesso di pace la misericordia e la verità, e le punisce nel tempo più opportuno. Ora è egli possibile, che chi ha questa fede, voglia oggimai più prendersi egli stesso il carico di vendicare l'offesa giustizia? Anzi non potrebbe farlo lecitamente; perocchè contraddirebbe alla sua fede, se pure il solo amore della giustizia in questo fatto li conduce. Lande il mero diritto naturale di punire non può essere oggimai esercitato dall'uomo cristiano per sua grande ventura: dove egli pur non venga incitato a ciò in modo straordinario dallo stesso spirito divino» Così A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, Padova 1969, pp. 634 e 637.

Un secondo limite era dato dalla razionalità che, in alcuni casi, consigliava di non utilizzare l'applicazione letterale<sup>356</sup>.

A tal proposito è molto chiara la Bibbia:

«Quando un uomo colpisce l'occhio del suo schiavo o della sua schiava e lo acceca, gli darà la libertà in compenso dell'occhio. Se fa cadere il dente del suo schiavo o della sua schiava, gli darà la libertà in compenso del dente»<sup>357</sup>.

L'esistenza dei suddetti limiti dimostra che, già in tempi remoti, si cercò di evitare di trasformare l'analogia in libero arbitrio e, quindi, la necessità di giustizia e di eguaglianza in considerazioni soggettive e potenzialmente pericolose.

#### 2.4.5. Analogia e interpretazione estensiva.

L'analogia – applicandosi a fattispecie diverse ma congruenti con quella di partenza in alcuni aspetti ritenuti essenziali – si ha «quando l'identità di *ratio* fa ricadere entrambe le fattispecie nella stessa area di similarità»<sup>358</sup>.

Esiste però, e da sempre<sup>359</sup>, anche la cosiddetta interpretazione estensiva che, invece, opera ancora nell'ambito di una norma, ma comporta la riconduzione sotto la disciplina della stessa di un caso apparentemente fuori dalla sua sfera. È una

---

<sup>356</sup> A. ÁLVAREZ VALDÉS, *Cosa sappiamo della Bibbia?*, vol., 3, Vicenza 2203, pp. 41-50.

<sup>357</sup> *Es.* 21, 26-27.

<sup>358</sup> Così Cass. Pen., sez.V, 3 luglio 1991, in "Foro it.", II, 1992, p. 146, nonché in M. M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 111.

<sup>359</sup> L'interpretazione estensiva ha, invero, origini antiche. Già nel Digesto (D. 23. 5. 4.) Gaio ricordava: «*Lex Iulia, quae de dotali praedio prospexit ne id marito liceat obligare aut alienare, plenius interpretanda est, ut etiam de sponso idem iuris sit quod de marito*». Prove di ciò sono contenute anche nelle XII tavole. Ad esempio la norma sull'ingiuria (regola 8. 2) menzionava soltanto gli uomini, ma la giurisprudenza la estese anche alle donne; come del resto la pena prevista per il taglio degli alberi altrui (regola 8. 11) che fu estesa anche al taglio della vigna, sebbene non espressamente previsto dalla norma. Cfr. V. GRECO, *Il distacco dall'interpretazione letterale nel diritto romano e in quello intermedio*, in <http://www.dialettico.it/>, p. 2. Un divieto di interpretazione estensiva era, tuttavia, sancito dall'articolo 2 del codice penale spagnolo del 1928. Così segnala M. BOScareLLI, in *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, p. 170 (nella nota 178). Un simile scenario fu tentato anche dal progetto di revisione costituzionale approvato dalla Commissione Bicamerale il 4 novembre 1997 (bloccatosi in Parlamento a causa di contrasti politici). Cfr. G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna 2007, p. 126 (nella nota 19).

operazione di «rettifica»<sup>360</sup> che – secondo dottrina prevalente – non incontra le limitazioni dell’articolo 14 delle disp. prel. cod. civ.<sup>361</sup> ed è, pertanto, lecita, pur essendo a volte ardua la sua individuazione.

C’è chi ha scritto che l’interpretazione estensiva «tende ad allargare il campo di riferimento del termine o dell’espressione del testo normativo fino a ricompredervi oggetti che ricadono nella fascia più sfumata della zona di indeterminazione»<sup>362</sup>, forse complicando ulteriormente il già difficile riconoscimento.

Antolisei riesce ad esprimere, con maggiore semplicità, tale categoria: nell’interpretazione estensiva si rimane «nell’ambito di una norma»; nell’analogia, viceversa, si è «fuori» dalla stessa, per l’impossibilità di introdurre il caso dentro la norma, per quanto se ne allarghi il significato fino alla sua massima estensione<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> «L’interpretazione è raramente una conferma della prima impressione, del valore che a prima vista è stato dato alla norma di legge». Possiamo avere una «rettifica in diminuzione» (interpretazione restrittiva) o una «rettifica per accrescimento» (interpretazione estensiva). Così A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, p. 294. Tuttavia, per Velluzzi, “restringere” ed “estendere” sono «concetti di relazione», dove è «difficile individuare il termine di paragone». Cfr. V. VELLUZZI, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in *Analisi e Diritto*, Torino 1997, p. 208.

<sup>361</sup> L’articolo 14 delle preleggi rispecchia l’articolo 4 del cod. civ. del 1865, con due differenze testuali: «non si applicano» al posto di «non si estendono» e «considerati» al posto di «espressi». Tali sostituzioni furono effettuate «al fine di ottenere maggiore chiarezza» e per far capire che «la norma non riguarda la interpretazione estensiva». Cfr. la Relazione del Guardasigilli all’art. 4, premesse al primo libro del codice civile, approvato con Regio decreto del 12 dicembre 1938, n. 1852. Così segnala P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna 2007, p. 247. Per una pregevole panoramica giurisprudenziale sull’argomento, cfr. P. CENDON (a cura di), *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, vol. I, Torino 1995, pp. 74 e 75, nonché G. LATTANZI (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Milano 2002, p. 78. Vassalli scrive: «Interpretazione estensiva è il risultato della scoperta, fatta dall’interprete, che sotto l’espressione letterale della singola disposizione di legge si cela un contenuto più ampio, che per quanto non chiaramente enunciato vi è appunto incluso». Cfr. G. VASSALLI, sub voce *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. I, Torino 1987, p. 159. Velluzzi, però, ricorda il problema dell’ambiguità dell’interpretazione letterale. Cfr. V. VELLUZZI, *Sulla nozione di “interpretazione giuridica corretta” (e su i rapporti con l’interpretazione estensiva)*, in “*Cassazione Penale*”, Milano 2004, n. 7-8, p. 7597.

<sup>362</sup> Così Cass. Pen., sez.V, 3 luglio 1991, in “*Foro it.*”, 1992, II, p. 146, nonché in M. M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 111.

<sup>363</sup> Cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Milano 1997, pp. 95 e 96. Per specificare: «La differenza è che nel primo caso – l’interpretazione estensiva – la norma c’è e viene definita nel suo significato, nel secondo la norma non c’è e per rispondere all’esigenza preliminare la situazione viene ricostruita desunta dai principi, ma viene costruita *ex novo*, viene costruita dall’interprete, con l’aiuto del legislatore, facendo ricorso a quelle ragioni di coerenza e



L'esempio di scuola riguarda il termine "uomo", presente nell'articolo 575 del Codice penale che disciplina il delitto di omicidio<sup>364</sup>. Termine che abbraccia il significato di genere umano, considerato nella sua totalità: uomini, donne, bambini, normodotati e non, maggiorenni e minorenni *etc.*<sup>365</sup>

L'interpretazione estensiva può essere allora paragonata – attraverso un esempio più utile che banale – ad un elastico, poiché allo stesso modo esprime la *massima estensibilità* fino ad un punto, oltre però il quale non è possibile sospingersi<sup>366</sup>.

---

di organicità che certamente presidiano un ordinamento giuridico, ma la costruzione è fatta dal giudice, non è fatta dal legislatore». Così A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, p. 302. Cfr., altresì, R. GUASTINI, sub voce *Analogia*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Milano 1980. Secondo Berardi «...la distinzione tra analogia – vietata – ed interpretazione estensiva – lecita – può essere declinata solo su di un piano quantitativo, e non qualitativo; la linea di confine secondo cui l'interpretazione estensiva abbraccerebbe tutti i casi riconducibili al tenore letterale della norma, mentre l'analogia avrebbe ad oggetto situazioni non riconducibili ad alcuno dei possibili significati letterali, pertanto, diviene una linea di confine sclerotica ed inadeguata, che ignora come i limiti concettuali di ogni singola espressione linguistica non possono essere considerati reclusi nel testo della stessa, bensì devono essere sempre aperti alle inevitabili modificazioni del contesto – che muta con il mutare del divenire storico – e conseguentemente determinati attraverso il processo interpretativo. Con questa consapevolezza, la differenza quantitativa tra interpretazione analogica ed interpretazione estensiva della lingua e della grammatica del legislatore può essere espressa, nel senso indicato nel recentissimo approfondimento sul tema di Mauro Ronco, solo sulla linea che definisce il rispetto, o la violazione, della funzione di garanzia per la quale il divieto dell'analogia è per l'appunto previsto, cosicché costituisce attività analogica vietata ogni interpretazione della fattispecie che conduca ad un'estensione della portata del precetto al di là dei limiti della ragion d'essere della norma stessa, mentre costituisce interpretazione perfettamente lecita quella che perviene ad un approdo ermeneutico che sia coerente con le ragioni dell'incriminazione. In altri termini, quando attraverso l'interpretazione la norma previene a rispondere ad un problema diverso rispetto a quello che rende ragione della scelta normativa della stessa incriminazione, allora vi è violazione del divieto di analogia; se, invece, l'interpretazione produce la risposta al problema che ha originato l'incriminazione, in coerenza con la sua ragion d'essere, allora essa è da considerarsi affatto lecita». Così A. BERARDI, *Il problema dell'architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocinio infedele "stragiudiziale"*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, pp. 240-241. Si veda, altresì, M. RONCO, *Il principio di legalità*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, I, Bologna 2006, p. 77 e ss. .

<sup>364</sup> Si riporta per memoria: «Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno».

<sup>365</sup> L'esempio è presente in diversi Manuali (anche se secondo diverse prospettive), tra cui F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2001, p. 77, nonché I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova 2005, p. 34.

<sup>366</sup> Un elastico, se portato in tensione, può raddoppiare o addirittura triplicare la sua estensione ma, se si spezza, non potrà più essere usato; così come viene meno l'utilizzo dell'interpretazione estensiva se si oltrepassano i limiti logici e letterali e se «si esce» dalla norma. Gli effetti possono essere devastanti. Possiamo, infatti, affermare che la recente storia dell'umanità è cambiata proprio a causa di un'errata interpretazione estensiva: la Repubblica di Weimar era allo stesso tempo parlamentare e presidenziale perché il Governo aveva bisogno della fiducia del Parlamento, ma l'articolo 48 della Costituzione dava al Presidente, in via eccezionale, la facoltà di emanare leggi per decreto. Hitler chiese ed ottenne i poteri che, in base ad un'interpretazione estensiva

Ma ciò, a ben vedere, è solo illusoriamente chiaro.

Occorre uno sforzo ulteriore. Bisogna – almeno in linea teorica – distinguere tra *intenzione* («che cosa ha inteso dire il legislatore») e *ratio* («perché lo ha detto»), dato che solo nell’ambito della prima opera l’interpretazione estensiva<sup>367</sup>.

Il giovane Norberto Bobbio arrivò, tuttavia, a negare l’esistenza di una distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia<sup>368</sup>. Cosa, peraltro, ancora oggi da alcuni Autori sostenuta<sup>369</sup>.

In questo modo, però, il problema è per noi «solo spostato» e, anzi, rischia di divenire «più stridente»<sup>370</sup>.

Possiamo soltanto riconoscere – a dire il vero con qualche forzatura – «un po’ di analogia anche nell’interpretazione estensiva»<sup>371</sup>, ma tale “analogia” rimarrà

---

dell’articolo 48 della Costituzione, permettevano al governo non solo di legiferare ma addirittura di modificare la Costituzione stessa, assumendo di fatto la dittatura. Cfr. P. VIOLA, *Storia moderna e contemporanea, il novecento*, Torino 2000, pp. 109 e 143.

<sup>367</sup> G. CARCATERRA, sub voce *Analogia* (Teoria generale), in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. II, Roma 1988, p. 16.

<sup>368</sup> Bobbio, a volte, scrive con una certa arroganza ideologica: «La distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia ha un valore puramente fittizio sul quale non vale la pena di discutere, e su cui vale soltanto la pena di chiudere indulgentemente un occhio». Così N. BOBBIO, *L’analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 170.

<sup>369</sup> Per Velluzzi, ad esempio, la distinzione «è una questione di grado che tende decisamente a sfumare nella prassi»; Alf Ross utilizza addirittura le nozioni di analogia ed interpretazione estensiva come sinonimi, come ricorda lo stesso V. VELLUZZI, *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in *Analisi e Diritto*, Torino 1997, pp. 208 e 209 (vedi anche nota 25). Per la Gianformaggio, l’interpretazione estensiva è «un’analogia ‘facile’». Cfr. L. GIANFORMAGGIO, sub voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile, vol. I*, Torino 1987, p. 327. Vedi anche il pensiero di G. FIANDACA e E. MUSCO, in *Diritto penale, parte gen.*, Bologna 2001, p. 95, dove si prospetta la «diffusa tendenza della giurisprudenza a contrabbandare per interpretazione estensiva forme più o meno occulte di applicazione analogica». Tale «espediente» viene segnalato anche da Boscarelli, che considera il giudizio del Bobbio «teoricamente sbagliato, ma storicamente fondato». Così M. BOSCARRELLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, p. 175 (nella nota 196).

<sup>370</sup> «Chi professa l’equiparazione tra analogia ed estensione, deve dedurre che l’articolo 14 dove parla di estensione intende anche l’analogia. Tuttavia, ritenere che la norma, ove dice estensione dice anche analogia, costituisce evidentemente un’interpretazione estensiva dell’articolo 14, norma eccezionale. Ma, se è interpretazione estensiva, allora è anche interpretazione analogica dell’articolo 14, proprio in virtù dell’equiparazione tra i due termini che si è assunta. In questo modo, però, avremo interpretato estensivamente, ovvero analogicamente, l’articolo 14, cioè una norma eccezionale, anzi la norma eccezionale che vieta l’analogia per le norme eccezionali (...)». Così M. M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano 2003, pp. 5 e 6.

<sup>371</sup> Perché in quest’ultima si vede fin dove può «giungere la previsione (di lettera, di *ratio*, di evoluzione) contenuta nel testo di legge». Questo, però, non significa che esiste una differenza semplicemente quantitativa tra analogia ed estensione, ma che l’assimilazione dei due procedimenti è dovuta dal fatto che la struttura dell’analogia, nel procedere per *identità e*

comunque circoscritta nella cornice della stessa norma o, se si preferisce, nella *resistenza finita* di un “elastico giuridico”<sup>372</sup>.

#### 2.4.6. I limiti impliciti dell’analogia giuridica.

In generale l’analogia – meglio ripeterlo – può essere definita come il procedimento con cui ad un caso concreto non previsto dalla legge si applica l’espressa disciplina di un caso analogo, avente in comune con il primo la *ratio legis*<sup>373</sup>.

Per il ricorso all’analogia non è, quindi, necessaria una esplicita autorizzazione legislativa perché «si tratta di un procedimento spontaneo e naturale connesso alle

---

*differenza*, è la struttura fondamentale del nostro intelletto, che ragiona così anche quando si occupa di interpretazione estensiva. Per un completo approfondimento, cfr. M. M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell’ordinamento giuridico*, Milano 2003, pp. 8 e 9.

<sup>372</sup> In definitiva occorre considerare un *prius* (un problema) e un *posterius* (un principio con cui si vuole risolvere quel problema), vale a dire un *tèlos* e una *ratio*: «Interpretazione estensiva sarà quella che mantiene *tèlos* e *ratio* della norma, che ne mantiene nome e cognome, nel suo massimo grado di elasticità. Interpretazione analogica sarà quella che esce dalla norma, rinuncia al nome, ma mantiene il cognome, restando in qualche modo “in famiglia”: riconosce la diversità di *tèlos*, ma permane nella *ratio* che l’informa». Così, lucidamente, M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in “*Dir. Proc. Amm.*”, 1, 2008, p. 206. A modesto parere di chi scrive la differenza tra interpretazione estensiva e analogia ricorda anche, in un certo senso, quella tra *contraddizione* e *contrarietà*. Invero se nella prima “coppia” la differenza riguarda l’*ambito* – visto che nell’interpretazione estensiva si resta *nella* norma, mentre nell’analogia si *esce* dalla stessa alla ricerca di «casi simili e materie analoghe» – non pare azzardato un parallelismo (certo non perfetto) con la contraddizione, che «inerisce alla posizione in sé, e cioè ad una contraddizione interna alla stessa» (Così F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 116) e la contrarietà che, diversamente, si verifica quando una posizione afferma ciò che l’altra nega. A questo punto si osserverà, però, che l’analogia non può cercare qualcosa di contrario, ma solo di analogo. Ma occorre maggiore attenzione: se due termini contrari (bianco e nero), a differenza dei contraddittori (bianco e non-bianco), presentano delle sfumature intermedie (grigio), ciò significa che la ricerca dell’analogo, essendo una ricerca non perfetta, ma *probabile*, può configurarsi come un’operazione mediante cui si genera un *prodotto finale intermedio* che deve necessariamente considerare *anche* il contrario del suo punto di partenza. Del resto «la condizione della conoscenza dell’uomo passa sempre attraverso la definizione dell’essere e la definizione del non essere; non è possibile affermare un essere senza dover poi riconoscere anche il non essere». Così, ancora, F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 178.

<sup>373</sup> Cosa differente è l’*argumentum a contrario* (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*): «Con l’analogia l’ordinamento si integra nella decisione concreta, con l’*argumentum a contrario* l’ordinamento si chiude in essa, nel senso di consentirla». Così F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino 2000, p. 118. Per alcuni esempi, si veda N. BOBBIO, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino 1994, pp. 8-9, nonché W. WALDSTEIN, *Teoria generale del diritto*, Roma 2001, p. 151 e ss. .

fondamentali esigenze di continuità, di espansione e di adattamento che sono proprie del concetto di ordinamento giuridico»<sup>374</sup>.

Carnelutti considera il procedimento analogico come uno dei mezzi mediante il quale l'ordinamento procede alla propria *auto-integrazione*<sup>375</sup>, nel senso che è lo stesso ordinamento giuridico che provvede, con i suoi mezzi, al proprio completamento.

La *etero-integrazione* si ha, invece, quando «le lacune della legge si colmano anziché con la legge stessa con un comando di fonte diversa»<sup>376</sup>.

Chiarito ciò, occorre ora considerare – rivolgendo, ancora una volta, lo sguardo anche al passato – l'esistenza di una serie di limiti in ordine all'analogia giuridica. È il caso di utilizzare la seguente classificazione: parleremo di limiti *impliciti*, contenuti (ma non apertamente enunciati) nello stesso articolo 12 delle Disposizioni sulla legge in generale; e di limiti *espliciti* che, invece, sono *espressamente* sanciti nell'articolo 14 (“*Applicazione delle leggi penali ed eccezionali*”), sempre delle preleggi<sup>377</sup>.

Dall'articolo 12 *implicitamente* emerge che il ricorso all'analogia è previsto soltanto quando:

---

<sup>374</sup> Così L. CAIANI, voce *Analogia: b) teoria generale*, in Enciclopedia del diritto, vol. II, Milano 1958, p. 360.

<sup>375</sup> «Non bisogna però credere che codesto vantaggio non abbia, purtroppo, delle contropartite. Si avverte qui, anzitutto, il solito insuperabile contrasto tra la certezza e la giustizia; se l'analogia mette a disposizione del *subditus* il regolamento di qualunque caso, è discutibile che il caso sia così sempre regolato secondo giustizia». Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, p. 89. Di autointegrazione parla anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 164. Per un esame dettagliato, cfr. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, pp. 120-126.

<sup>376</sup> Così Carnelutti, il quale precisa: «Poste così sul terreno logico, l'autointegrazione è l'eterointegrazione sono ai due corni di un'antitesi: la prima favorisce la conservazione, la seconda l'evoluzione del diritto; la prima è una soluzione rigida, la seconda una soluzione fluida; la prima favorisce la conservazione, la seconda l'evoluzione del diritto; la prima mette le parti di fronte al legislatore, la seconda di fronte al giudice; la prima assoggetta la giustizia alla certezza, la seconda fa prevalere alla certezza alla giustizia; la prima avviene mediante la formazione di precetti astratti, la seconda mediante la formazione di precetti concreti. Nella realtà, però, anche questa distanza si accorcia assai» Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, p. 91.

<sup>377</sup> Tale tradizionale distinzione viene accolta anche da M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 221.

1. Il caso in questione non sia contemplato da alcuna norma (in presenza di lacune dell'ordinamento giuridico);
2. Tra la fattispecie prevista e quella non prevista vi siano caratteristiche comuni e quindi che sia possibile ritrovare una o più norme positive (*analogia legis*) e uno o più principi giuridici espressi o inespressi (*analogia juris*<sup>378</sup>)<sup>379</sup>;
3. Tali elementi comuni riguardino la *ratio* della disciplina legislativa<sup>380</sup>;
4. Si deve, infine, guardare anche alla consuetudine<sup>381</sup>, che fotografa l'«indice di giustizia realizzata»<sup>382</sup>.

---

<sup>378</sup> L'*analogia juris*, nel nostro ordinamento, si richiama ai principi del diritto positivo. Il Codice Civile austriaco (ABGB) nel paragrafo 7 fa, invece, riferimento al diritto naturale. Ciò sembrerebbe dare cittadinanza a regole "metagiuridiche", estranee agli enunciati legali. In realtà il paragrafo 7 non ha mai trovato una concreta applicazione, perché viene interpretato in maniera non letterale: invero i principi dell'ordinamento naturale si identificano con i principi dell'ordinamento positivo. Altro caso particolare è quello della Svizzera (ZGB), che è l'unico Stato di *Civil Law* che dà alla giurisprudenza la posizione di fonte del diritto. In caso di lacuna, quindi, non si applica l'*analogia iuris* perché è il giudice che crea la norma, con due soli limiti: il rispetto della dottrina dominante e della giurisprudenza consolidata.

<sup>379</sup> L. CAIANI, voce *Analogia: b) teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 349.

<sup>380</sup> «Il ricorso alla analogia è ammissibile soltanto quando sia possibile accertare un rapporto di somiglianza o affinità tra alcuni elementi della fattispecie regolata ed alcuni elementi di quella non regolata: ma tale somiglianza deve riguardare non qualsiasi elemento delle due fattispecie, ma precisamente quelli, tra gli elementi della fattispecie regolata, nei quali sia dato rinvenire la stessa *giustificazione* della disciplina che di quest'ultima ha dettato il legislatore. Quando ricorra identità di *ratio* – quando cioè il principio che ha ispirato la norma regolatrice della fattispecie prevista appare idoneo ad operare nello stesso modo, dati gli elementi di somiglianza tra le due fattispecie, anche per quella non regolata – allora il giudice applica pure a quest'ultima una norma *non scritta*, che desume da quella scritta». Così precisano A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 1985, p. 49. Bisogna «fare riferimento a un *tertium comparationis* idoneo a porre in rapporto, ed a rendere omogenei i casi rispettivamente tipici e atipici: questo *tertium comparationis* sarà costituito, evidentemente, dallo scopo di tutela assegnabile alla norma». Così G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2007, pp. 122-123. «La prima cura dell'interprete deve essere dunque di esaminare se realmente vi ha identità di motivi; e solamente quando ben consta che i motivi di decidere sono i medesimi, che si può fare induzioni da un caso ad un altro». Così F. LAURENT, *Principii di diritto civile*, Milano 1910, p. 265. Diversamente R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 2003, p. 49 e ss. . Secondo Betti la *ratio legis* comporta l'individuazione della «*ragion sufficiente*», che può accertare l'*identico motivo* ovvero il *comune fondamento*. Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 165 e ss. .

<sup>381</sup> Per Carnelutti «...la giuridicità della consuetudine non va oltre la qualità giuridica degli atti, in ordine ai quali si stabilisce: una consuetudine è giuridica in quanto concorrono a stabilirla degli atti, i quali, attuando la sanzione, hanno carattere giuridico, ossia delle restituzioni o delle punizioni; ma ogni vincolo alla conformità degli atti successivi con gli atti precedenti è escluso. La consuetudine giova affinché i *subditi* regolino la loro condotta sulla probabilità che certi loro atti provochino la restituzione o la punizione come si regolano con le altre leggi naturali; e nulla più. In conclusione il diritto è negli atti, tra i quali la consuetudine si stabilisce; ma fuor da questo la

L'importanza della consuetudine, del resto, è confermata anche dalla nostra tradizione giusnaturalista:

- a) «Non devono essere cambiate mai quelle leggi che hanno ottenuto sempre un'interpretazione uniforme in ogni tempo»<sup>383</sup>.
- b) «La diuturna consuetudine ha forza di legge in mancanza di legge scritta»<sup>384</sup>.
- c) «Nell'interpretare le leggi si deve avere riguardo, anzi tutto, al diritto che fino a quel tempo è stato vigente, perché la consuetudine è per esse un ottimo criterio ermeneutico»<sup>385</sup>.
- d) «Nell'istituire leggi nuove deve apparire evidente l'utilità di esse prima di discostarsi da quelle che per lungo tempo sono state ritenute giuste»<sup>386</sup>.

#### *2.4.7. I limiti espliciti dell'analogia giuridica: a) le leggi penali; b) le leggi eccezionali.*

L'articolo 14 delle disp. prel. Cod. civ. *esclude* il procedimento analogico in due casi:

*«Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati».*

##### *a) le leggi penali.*

---

consuetudine non ha nulla di giuridico in sé». Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, pp. 34-35. Per cogliere i diversi punti di vista in ordine alla consuetudine, cfr. M. TROPER, *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano 2003, pp. 72-74.

<sup>382</sup> Così Cass. Civ., sez. LL., 24 luglio 1990, n° 7494. Si pensi, ad esempio, alla disciplina dei privilegi nel credito: i creditori devono essere in una situazione di *par condicio* perché queste regole si sono trasmesse immutate nei secoli, dal diritto romano a quello intermedio, sino agli articoli 533-565 del Codice di Commercio napoleonico e nel titolo 23 del Codice Civile del 1865 sino alle norme del Codice Civile vigente. Per un completo approfondimento e per maggiori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, pp. 231-238.

<sup>383</sup> PAOLO D. I, 3, 23.

<sup>384</sup> ULPiano D. I, 3, 33.

<sup>385</sup> CALLISTRATO D. I, 3, 37.

<sup>386</sup> ULPiano D. I, 4, 2.

Per quanto concerne la materia penale<sup>387</sup>, va subito ricordato che controversa è sempre stata l'*ampiezza* di tale limite, a causa del contrasto intercorso tra l'oramai riconosciuto carattere relativo del divieto<sup>388</sup> ed una concezione assoluta dello stesso<sup>389</sup>. E se il divieto è relativo sembra allora che esso metta in primo piano non già, o solo, l'esigenza di certezza, ma, anche, la garanzia della libertà, che è valore costituzionalmente sancito.

Con ciò è connessa la distinzione tra analogia in *malam partem* ed analogia in *bonam partem*.

Basti pensare, con riferimento a quest'ultima, a quelle disposizioni che prevedono delle scriminanti o cause di giustificazione (quali, ad esempio, gli artt. 52 e 54 c.p. in tema di legittima difesa e di stato di necessità).

Trattasi – secondo la dottrina maggioritaria – di «norme non strettamente penali»<sup>390</sup>, sottratte pertanto al divieto.

Va inoltre precisato che il divieto di analogia non riguarda il diritto processuale penale.

L'articolo 195 c.p.p., ad esempio, che si occupa della testimonianza indiretta, stabilisce al primo comma che «*quando il testimone si riferisce, per la conoscenza*

---

<sup>387</sup> Con la locuzione “leggi penali”, l'art. 14 delle “preleggi” intende soltanto le norme incriminatrici e sanzionatorie. Favorevole all'interpretazione restrittiva dell'espressione “leggi penali” si mostra anche Vassalli, che tuttavia ricorda le tesi discordanti di dottrina e giurisprudenza degli ultimi decenni. Cfr. G. VASSALLI, sub voce *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. I, Torino 1987, pp. 164 e 165.

<sup>388</sup> In tal senso Gallo, Mantovani, Siniscalco e Pagliaro, come segnalano G. FIANDACA e E. MUSCO, in *Diritto penale*, parte gen., Bologna 2001, p. 97.

<sup>389</sup> Tra i sostenitori di tale indirizzo minoritario Nuvolone e Marini, come segnalano G. FIANDACA e E. MUSCO, in *Diritto penale*, parte gen., Bologna 2001, p. 97. Sullo stesso piano si pone Caraccioli, che scrive: «Non è chi non veda, peraltro, al contrario, come l'ammissibilità dell'analogia in *bonam partem* finisca con il conferire anch'essa un potere eccessivo al giudice penale. Questi può, a sua discrezione, ritenere la non punibilità di un fatto che il legislatore ha inteso criminalizzare. Il che comporta un evidente vuoto di tutela per le parti offese del reato e per la collettività in genere, dato che il problema – è ovvio – non va esaminato dal solo punto di vista del reo». Così I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova 2005, p. 31. Invece, secondo Mantovani, l'analogia in *bonam partem* resta circoscritta ad ipotesi marginali come le scriminanti che, dato che si riferiscono non a fatti illeciti ma al contrario a fatti originariamente leciti, sono espressione di principi generali. Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Milano 1987, p. 111.

<sup>390</sup> Così Velluzzi che, pur analizzando l'impostazione argomentativa del Padovani, contrario a questa soluzione, conclude che «non vi sono ragioni strutturali e normative per escludere l'analogia cd. in *bonam partem*». Cfr. V. VELLUZZI, *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, Siena 1996, pp. 3-8.

*dei fatti, ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre».* Nel terzo comma è, tuttavia, prevista una deroga quando l'esame risulta essere impossibile «*per morte, infermità o irreperibilità*». A tal proposito, però, «*deve escludersi che tale elenco sia tassativo e che non possano essere individuati, nella pratica, altri casi di impossibilità oggettiva, analoghi a quelli elencati dal legislatore*»<sup>391</sup>.

In passato una parte autorevole della dottrina (Bobbio su tutti) ha provato a mettere in discussione tale limite, ritenendo non giustificato il motivo della particolare tutela riconosciuta alle leggi penali<sup>392</sup>, e con l'intento di «dare al sistema la possibilità di perfezionarsi e di adattarsi a nuove situazioni»<sup>393</sup>.

Il terreno del confronto è stato negli anni *arato*, anche se con le unghie.

Le numerose smentite della tesi proposta dal Bobbio<sup>394</sup> hanno, però, finito con il

---

<sup>391</sup> La Suprema Corte ha, infatti, precisato che nella nozione di irreperibilità «rientra il caso dell'impossibilità sia di rintracciare il soggetto che di individuarlo e di identificarlo». Cfr. L. TRAMONTANO (a cura di), *Codice di procedura penale spiegato*, Piacenza 2005, pp. 412 e 414. Il contrario vige per il diritto penale sostanziale: «...non può configurarsi la contravvenzione di rifiuto di sottoporsi all'accertamento teso a dimostrare il tasso alcolico di chi conduce un veicolo, qualora lo stesso consista in analisi cliniche o prelievi ematici, disposti dalla polizia giudiziaria e non nello strumento dell'etilometro...». Così Cass. pen., sez V, 17 novembre 2004, n. 3487, Coco, in *CED Cass.* n. 231211.

<sup>392</sup> Per Bobbio il vero motivo della riconosciuta tutela nasce da un concetto di analogia diffusamente sbagliato, che pensa alla stessa come ad un elemento di incertezza e quasi di libero arbitrio; si confonde, cioè, «l'uso» dell'analogia con il suo «abuso». Cfr. L. CAIANI, sub voce *Analogia*: b) Teoria generale, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 370.

<sup>393</sup> Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 198. Va a tal proposito ricordato che, secondo Nerhot, «lo studio del ragionamento analogico è per Bobbio un atto politico con cui togliere ogni legittimità alla legislazione fascista». Così segnala P. HERITIER, *L'analogia, settanta anni dopo*, in A. PUNZI (a cura di), *Metodo linguaggio scienza del diritto, omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Quaderni della RIFD, Milano 2007, p. 230.

<sup>394</sup> Il divieto in questione è, invero, senza dubbio conforme agli articoli 1 e 199 del codice penale (tuttavia il principio di stretta legalità sta, per Spangher, subendo delle importanti «metamorfosi» a causa, ad esempio, delle ricadute premiali dei riti speciali. Cfr. G. SPANGHER, *C'era una volta il processo penale...*, in «*Diritto penale e processo*», n. 9, 2002, p. 1156), nonché agli articoli 13 e 25 della nostra Costituzione. Non a caso alcuni autori parlano di costituzionalizzazione implicita del divieto di analogia. Così, ad esempio, G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna 2001, p. 94. Non mancano, tuttavia, voci discordi in dottrina. Sul punto si rinvia al pensiero di Boscarelli, segnalato e sinteticamente descritto da I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova 2005, p. 32. Le diverse posizioni, pro e contro, vengono ribadite con precisione da G. VASSALLI, sub voce *Analogia nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penali*, vol. I, Torino 1987, pp. 163 e 164 (nella nota 15). Vi è, poi, il Bettiol che rileva un contrasto con l'analogia anche nell'articolo 11 n. 2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata dall'assemblea generale dell'O.N.U. . Così segnala, con perplessità, M. BOSCARRELLI, in *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, p. 91 (nella nota 25). Per chiudere il discorso in ordine alle fonti del divieto di analogia va, infine, segnalato l'articolo 1.2 della legge n° 689 del 1981, dove si stabilisce che



rafforzare l'antico principio secondo cui *nullum crimen sine lege*.

L'ambito penale, del resto, era ed è la «patologia del diritto»<sup>395</sup>.

Tuttavia l'analogia è ancora oggi ammessa nel diritto penale in Cina e Corea del Nord, nonché in Inghilterra e nei Paesi scandinavi<sup>396</sup>, così come non mancano alcune importanti testimonianze del passato<sup>397</sup>: il codice penale sovietico del 1922 (e quello del 1927<sup>398</sup>); il codice penale olandese del 1930; la legge penale nazionalsocialista del 28 giugno del 1935<sup>399</sup>; senza dimenticare il discutibile

---

«le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi (...) in esse considerati». Lo segnala F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino 2006, p. 138.

<sup>395</sup> «...il diritto penale - possiamo dire con una frase non scientificamente esatta ma che credo possa farvi cogliere la verità del fenomeno - (...) non è la *fisiologia del diritto*, ma è la *patologia del diritto*. Quindi il caso della vita sociale da regolare richiede, normalmente, giustizia, richiede, normalmente, l'applicazione di un principio regolatore comunque desunto; ma il caso della vita al quale si vorrebbe attribuire un significato giuridico-penale al di fuori della norma che lo prevede, non domanda affatto di essere comunque regolato». Così A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, p. 303.

<sup>396</sup> Pur essendoci, tra questi ordinamenti, evidenti differenze di «mentalità e finalità». Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2007, pp. 10 e 68 e ss. .

<sup>397</sup> Cfr. l'originale profilo proposto da V. MANZINI, in *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino 1961, pp. 327 e 328 (nella nota 2), nonché i cenni comparativi con gli ordinamenti giuridici stranieri segnalati da F. ROMEO, in *Analogia, per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova 1990, p. 9 e ss. .

<sup>398</sup> Il codice penale sovietico del 1927 si ispirò al progetto (non fu mai discusso in sede parlamentare) del codice penale compilato in Italia nel 1921 dalla Commissione Reale presieduta da Enrico Ferri. Ma se le radici sono le stesse, cosa ci ha fatto divenire così diversi? Per Longhi la ragione è che il codice penale sovietico fu troppo estremista in una prima fase per poi, negli anni, avere delle «nervosistiche restrizioni». In Italia, diversamente, si preferirono le gradualità riforme. Mussolini, invero, asseriva: «La rivoluzione di Mosca sostituisce anche con la morte fisica le persone; si è gettata sulla macchina e l'ha frantumata in mille pezzi. Il pendolo è stato proiettato all'altro punto estremo. Errore. Ora torna indietro. La rivoluzione fascista non demolisce tutta intera e tutta in una volta questa delicata complessa macchina che è l'amministrazione di un grande Stato: procede con gradi, per pezzi. Così accade che Mosca ritorna, mentre Roma si allontana, con inesorabile regolarità, dal punto di partenza». Cfr. S. LONGHI (*prefazione*), in T. NAPOLITANO, *Il codice penale sovietico, prima trad. integrale del testo ufficiale russo*, Roma 1931, pp. X-XII. Per un *excursus* storico del diritto sovietico, cfr. le tre fasi indicate da F. MANTOVANI, in *Diritto penale*, Padova 2007, pp. 7 e 8. Per un esame dettagliato in ordine all'esperienza giuridica sovietica, si veda M. COSSUTTA, *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in *Quaderni fiorentini*, n° 36, Milano 2007, pp. 1083-1158.

<sup>399</sup> Così segnala G. CARCATERA, sub voce *Analogia* (Teoria generale), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. II, Roma 1988, p. 10, nonché N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 174 che, però, non menziona il codice penale olandese. Nel § 2 St. G.B. del 1935 (con cui si trasformò il codice penale liberale del 1871 fino all'entrata in vigore della Legge del 30 gennaio 1946, con cui si ritornò al testo originario) si statuiva la punibilità per un caso non contemplato «in base al pensiero che sta a fondamento di una norma penale», ma la stessa punibilità doveva ritenersi in base alla norma «il cui pensiero fondamentale più gli conviene». Questa svolta involutiva portò ad un «imbarbarimento» e ad uno «stravolgimento delle fonti del diritto penale». Cfr. F. PALAZZO e M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino 2005, pp. 61 e 69. Eppure nel discorso tenutosi a Roma nel 1936, il Ministro del Reich Giovanni Frank sosteneva che il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* era stato, in tal modo,

operato del Tribunale militare internazionale istituito – dopo la fine dell’ultima guerra mondiale – dai Paesi alleati, in cui si combinarono miseramente vendetta e ipocrisia<sup>400</sup>.

Il codice penale sovietico – che ci è dato esaminare nella sua edizione del 1950 – va a proporre la pratica analogica senza limiti (ciò avverrà fino alle riforme del 1958-60), ancorandosi totalmente al concetto di «coscienza giuridico-socialista». Nella terza sezione – dedicata ai «principi generali della politica penale della RSFSR» (Repubblica Sovietica Federativa Socialista di Russia) – l’art. 16 così recita:

*«Se un qualsiasi atto socialmente dannoso non è direttamente previsto dal presente Codice, i fondamenti ed i limiti della responsabilità del capo d’accusa di questo atto vengono determinati in conformità agli articoli del Codice, che trattano dei delitti di simile specie»<sup>401</sup>.*

I risultati furono devastanti.

Eppure nella prefazione della traduzione italiana, Giuseppe Sotgiu sembra essere

---

«ampliato» nell’altro «nessun delitto senza pena». Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino 1961, p. 211 (nella nota 15). Si veda, altresì, il «bruciante documento» di Vassalli ripercorso da Marinucci (giustamente sorpreso dall’analisi del Bobbio, secondo cui la rassegna giurisprudenziale nazionalsocialista compiuta dal Vassalli «serve soprattutto a dimostrare che il diavolo non è poi così brutto come si dice»). Cfr. G. MARINUCCI, *L’analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in “*Rivista italiana di diritto e procedura penale*”, n. 4, 2007, p. 1256 e p. 1262 e ss. . Tuttavia, secondo Boscarelli, «gran parte» della giurisprudenza tedesca relativa al § 2 St. G.B. del 1935 conduce(va) a «risultati conseguibili per via di interpretazione estensiva». Cfr. M. BOScareLLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, p. 175. Anche Carnelutti, in Italia, si mostrò favorevole all’abolizione del divieto di analogia. Cfr. F. CARNELUTTI, *L’equità nel diritto penale*, in “*Riv. dir. proc. civ.*”, 1935, p. 114; così come Giuseppe Maggiore, che propose di modificare l’art. 1 del cod. pen. secondo una prospettiva di «totalitarismo penale» rimanendo, però, una «voce isolata». Cfr. G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen., Bologna 2007, p. XXXIII.

<sup>400</sup> Cfr. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Torino 1961, p. 159 e ss. e p. 211 e ss. .

<sup>401</sup> Ancora più chiaro e, se possibile, ancora più pericoloso è l’articolo 45 lettera c: «Quando il tribunale infligge ad un condannato misure di difesa sociale di carattere giudiziario-correttivo, è guidato da (...) la sua coscienza giuridico-socialista, la quale soprattutto considera il pericolo sociale che il delitto comporta, le circostanze della causa e la personalità dell’autore del delitto». Tuttavia Boscarelli considera la legislazione sovietica soltanto un esempio clamoroso di come partorire formule «eccessivamente generiche», presenti, tra l’altro, nella stessa legislazione italiana. Cfr. M. BOScareLLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo 1955, p. 156 e ss. (vedi anche nota 160).

entusiasta di tale sistema<sup>402</sup>. Sotgiu, invero, ricorda che nel diritto penale sovietico la privazione della libertà non può – in virtù dell’articolo 28 – superare i dieci anni e che la misura giudiziaria-correttiva per eccellenza è il lavoro, come segnala l’articolo 20<sup>403</sup>. Le misure di «difesa sociale»<sup>404</sup>, peraltro, non perseguono il fine di castigare o di punire, ma hanno unicamente uno scopo preventivo: si vuole soltanto proteggere – ai sensi dell’articolo 1 – lo Stato e l’ordine giuridico socialista dai delinquenti<sup>405</sup>.

Ma questa presunta mirabile innovazione deve fare i conti, al di là delle ipoteche ideologiche, con il concetto di giustizia. È vero, cioè, che “soltanto” dieci anni di privazione della libertà possono favorire la rieducazione sociale del condannato, ma è parimenti vero che bisogna considerare soprattutto il *modo* con cui si opera. Se un giudice utilizza esclusivamente la sua «coscienza giuridico-socialista», o determina il capo d’accusa con un’applicazione analogica senza regole<sup>406</sup>, sembra impossibile parlare di imparzialità<sup>407</sup>.

---

<sup>402</sup> «Un giudizio su questo sistema? Preferiamo lasciarlo al lettore intelligente, esperto e soprattutto obiettivo; da parte nostra non possiamo che riportare, sottoscrivendole, le significative parole di Jean Fonteyne: “sotto le sue formule tecniche il codice penale della RSFSR si colora della vita morale profonda che ispira per altra via il suo contenuto legale: amore per la Patria, rispetto del sacrificio compiuto per Essa, alto sentimento del dovere e della solidarietà, fiera conquista dei lavoratori, concezione elevata del lavoro e, soprattutto, predominante considerazione dell’uomo e di tutto quel che è umano». Così G. SOTGIU, *Codice penale RSFSR di Russia (prefazione)*, Roma 1952, p. 11.

<sup>403</sup> Anche tale massimo di dieci anni è suscettibile di condanna condizionale (articolo 53).

<sup>404</sup> L’articolo 10 distingue dette misure in tre categorie: a) misure giudiziarie correttive; b) misure mediche; c) misure medico-pedagogiche.

<sup>405</sup> Cfr. G. SOTGIU, *Codice penale RSFSR di Russia (prefazione)*, Roma 1952, p. 7. Alcuni hanno, però, notato che un codice che pone al centro del suo sistema il delinquente anziché il delitto finisce per non essere un codice penale, bensì un codice della prevenzione criminale. Cfr. S. LONGHI, *Per un codice della prevenzione criminale*, Milano 1921.

<sup>406</sup> «Mentre il cittadino italiano sa sempre a priori quello che può fare e quello che non deve fare, mentre il cittadino italiano sa che nel rispetto assoluto della legge prefissata e certa nulla deve temere, ed anzi sa che la sua libertà sta per l’appunto nel diritto di compiere tutto quanto non è vietato dalla legge, ciò non è vero né vale per il cittadino sovietico, il quale non saprà mai a priori che cosa sarà lecito o meno, ma dovrà sempre regolarsi in maniera da essere socialmente utile, col rischio per contro che ogni sua azione possa essere un giorno incriminata ed essere giudicata come antisociale dal giudice se tale a quello potrà apparire». Così R. TADDEI, *Il codice penale sovietico*, Pa-Roma-Na 1956, pp. 17 e 18.

<sup>407</sup> «Ecco perché non si può aderire alla rischiosa tesi del diritto libero, del diritto creato dal giudice, sospetto di parzialità e fonte aggiuntiva di disuguaglianza tra i soggetti. Perché, se per la norma si può dire - in quanto essa è stata preannunciata, in essa il potere si è impegnato *prima* di sapere di che si tratta - “questa legge è eguale per tutti”, non è, invece, possibile per il *diritto libero* dire: “questa giustizia è eguale per tutti”, nella misura nella quale il criterio di giustizia è ricercato, è ritrovato, di volta in volta, dal giudice, ispirandosi, certo, alle intuizioni etico-sociali della

Questa, al contrario, è la peggiore delle pene, la legittimazione dell'ingiustizia.

*b) le leggi eccezionali.*

Il fenomeno delle norme eccezionali appare come complesso, a partire dalle possibili definizioni<sup>408</sup>.

Tra le tante quella più verosimile – almeno ai nostri occhi – considera le norme generali come l'esplicazione *diretta* di un principio della Costituzione; e le norme eccezionali, invece, come *limitanti* quel principio, a vantaggio di un altro<sup>409</sup>.

La L. 833/1978, ad esempio, è palesemente l'esplicazione *diretta* del principio dell'eguaglianza ed è, pertanto, una norma generale<sup>410</sup>.

---

collettività; ma voi potete immaginare quale largo margine di errore, o addirittura di arbitrio, vi può essere se dinanzi al caso concreto si crea la norma destinata a disciplinarlo». Così A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari 2005, p. 277.

<sup>408</sup> Cfr. alcune delle possibili enunciazioni in L. CAIANI, sub voce *Analogia*: b) Teoria generale, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 375 e ss. .

<sup>409</sup> «Se giusto è ciò che si conforma alla legge, come una violazione di questa può essere giustificata? La contraddizione non si supera se non postulando l'insufficienza della legge; ma Gesù non s'è contentato di postularla sibbene, per fare del postulato un teorema, ha affrontato la difficoltà del rapporto tra regola ed eccezione: fino a che si formula come un'antitesi, ponendo regola ed eccezione sullo stesso piano, codesto rapporto rimane sconosciuto; tale è la nostra ignoranza quando ci si contenta di dire che l'eccezione conferma la regola. Il Maestro si sbriga di questo luogo comune con la metafora del panno nuovo e del vestito usato: "Nessuno attacca un pezzo di panno nuovo a un vestito usato, poiché quella giunta porta via qualche cosa al vestito e lo strappo si fa peggiore" (Matteo, IX, 16); anziché nascondere la toppa mette ancora più in vista lo strappo. Irriducibile, dunque, alla regola l'eccezione. Ma cosa è poi l'eccezione? A questo si riduce il problema. La risposta è data con l'altro paragone del vino nuovo e degli otri vecchi: "Né mettono il vino nuovo in otri vecchi altrimenti si rompono gli otri e si versa il vino e gli otri vanno a male" (ivi, 17): l'eccezione, rappresentata dal vino nuovo, ha forza di far saltare la regola, paragonata con l'otre vecchio; essa è dunque una regola, a sua volta, che completa la prima; e il rapporto di essa con la regola si chiarisce collocandole, finalmente, su due piani diversi: l'eccezione è una nuova regola; ma, se deroga a un'altra regola, è di questa più alta. A tal punto, però, il problema anziché sciogliersi, sembra diventare un rompicapo poiché, ridotta pur essa a una regola, l'eccezione diventa insufficiente a sua volta onde postula, a sua volta, un'eccezione rispetto alla quale il giuoco si ripete e così si prolunga all'infinito. La soluzione è data dal Maestro nella chiusa del discorso ai farisei, a proposito dei discepoli spigolanti in giorno di sabato: "Imperocché il Figliuolo dell'uomo è padrone anche del sabato". Gli uomini, componendo nelle leggi l'ordine dell'universo, come si scompone nei colori dello spettro la luce solare, non riescono che ad afferrarne una piccola parte; anche quando i loro strumenti hanno permesso di percepire l'infrarosso o l'ultravioletto, quanti non sono mai i colori, che ancora ci sfuggono? Così è delle leggi, risolvendosi nelle quali l'ordine si trasforma e si deforma. Ogni legge contiene in sé una dose di errore». Così F. CARNELUTTI, *I valori giuridici del messaggio cristiano*, Padova 1950, pp. 22-24.

<sup>410</sup> Cfr. la Legge del 23 dicembre 1978, n. 833, "*Istituzione del servizio sanitario nazionale*" (pubblicata in G. U. 28 dicembre 1978, n. 360, S. O.). Al capo I (principi ed obiettivi), infatti, si precisa: «Il servizio nazionale è costituito (...) senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio».

Nel d.lgs. 502/1992, diversamente, si *comprime* il predetto parametro tutelandone, però, un altro, e cioè quello enunciato dall'articolo 53 della Costituzione<sup>411</sup>, secondo cui tutti devono concorrere alle spese dello Stato in proporzione al reddito<sup>412</sup>.

É la nostra Costituzione, ancora una volta, a garantire chiarezza ed una *nuova unità* del poli-sistema<sup>413</sup>.

Anche in questo caso il limite non si mostra come assoluto, consentendo alla norma eccezionale di espandersi analogicamente a quei casi rientranti nel *contesto* al quale la norma stessa si riferisce<sup>414</sup>.

Si è soliti distinguere, poi, la norma eccezionale da quella speciale attraverso «l'analisi degli effetti». La norma speciale – contenendo un effetto «ulteriore» – specifica la «logica interna» della norma generale senza sconfinare nell'arbitrio<sup>415</sup>,

---

<sup>411</sup> Cfr. il d.lgs. del 30 dicembre 1992, n. 502, “*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*” (pubblicato in G. U. 30 dicembre 1992, n. 305, S. O.). Nel titolo I, infatti, si precisa: «Le prestazioni sanitarie (...) sono garantite dal servizio sanitario nazionale a titolo gratuito o con partecipazione alla spesa». Questa norma è quindi sicuramente eccezionale e, a sua volta, è stata integrata con le modifiche apportate dal d.lgs. del 19 giugno 1999, n. 229, “*Norme per la razionalizzazione del servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419*” (pubblicata in G. U. 16 luglio 1999, n. 165, S. O.), che finisce per essere la norma eccezionale della precedente eccezionale, andando a tutelare il principio del “buon andamento” dell'articolo 97 della Costituzione. Tuttavia, per Levi, trattasi di norme «soltanto apparentemente di carattere eccezionale», visto che l'eccezione alle eccezioni può far ritornare alla regola. Cfr. G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 39.

<sup>412</sup> Occorre quindi sempre indagare il *tèlos* di ogni norma per scoprire l'essenziale conformità dell'interpretazione ai disposti costituzionali. Per un maggiore approfondimento, M.M. FRACANZANI, *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in “*Dir. Proc. Amm.*”, 1, 2008, p. 187 e ss. .

<sup>413</sup> Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1986, p. 72 e ss. .

<sup>414</sup> Carcaterra, non a caso, ha parlato di un «limite al limite». Cfr. G. CARCATERRA, sub voce *Analogia* (Teoria generale), in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. II, Roma 1988, p. 10, nonché M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in “*Jus*” 1941, pp. 516-549.

<sup>415</sup> Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1986, pp. 49 e 65. Tale distinzione è stata, però, anche negata da un cospicuo filone dottrinario (Scialoja, Rocco, De Ruggiero). Così segnala lo stesso N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1986, p. 141 e ss. (nella nota bibliografica), variazioni sul tema: *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in “*Riv. Dir. Civ.*”, I, 1979. Tale dubbio si è protratto fino ai nostri giorni: anche Levi nega implicitamente una distinzione. Cfr. G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 41. La posizione di Cordero sembra essere, invece, più ambigua: «...il termine eccezione va inteso in senso forte: non è tale ogni figura speciale». Così F. CORDERO, sub voce *Legalità penale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XVIII, Roma 1988, p. 5.

poiché trattasi di diversità «non antitetica»<sup>416</sup> al diritto comune (es. diritto commerciale<sup>417</sup>).

Per Bobbio è assurda anche l'esclusione delle norme eccezionali dalla pratica analogica, esclusione che comporterebbe «dannose conseguenze» di carattere pratico<sup>418</sup>.

Ma vi è di più: la stessa norma speciale viene, dal giurista torinese, definita una mera «scappatoia»<sup>419</sup>.

L'*ipotesi*<sup>420</sup> che regge la teoria del Bobbio si rivela alla fine: «La norma che può in un determinato momento considerarsi come eccezione, storicamente e dogmaticamente, dovrà col mutare del tempo e delle circostanze venir magari considerata come regola e principio generale»<sup>421</sup>.

Ciò significa che da un lato si considera la “variabile tempo”, dall'altro, però, si apre un fronte assai pericoloso, veicolando l'idea che una norma possa essere indifferentemente eccezionale o generale<sup>422</sup>: in questo modo, e senza

---

<sup>416</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova 2007, p. 75.

<sup>417</sup> «Mentre il diritto eccezionale costituisce una deroga al principio, il diritto speciale ne costituisce la specificazione e quindi il prolungamento o la continuazione». Così Bobbio il quale, tuttavia, avanza una serie di perplessità sul punto: «Niun dubbio che la norma speciale sia sottratta al divieto dell'art. 4; ma si badi però che, quando si dice del diritto commerciale che esso è un diritto speciale, l'aggettivo “speciale” acquista tutt'altro senso, cioè è usato non più nel significato di specifico rispetto a generico, ma in quello di “particolare” o “peculiare”, il che presuppone un diritto diverso che non abbia quella particolarità o peculiarità. In questo senso diritto “speciale” indica lo stesso che diritto “singolare” e non è quindi nulla di diverso dal diritto eccezionale». Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 168.

<sup>418</sup> La norma eccezionale, per Bobbio, rischia così di essere declassata ad «anomalia giuridica»: «Se è vero che la norma eccezionale è una deroga al diritto comune, è pur vero che le ragioni di questa deroga sono dal punto di vista giuridico altrettanto fondate quanto le ragioni della norma generale; e quindi la norma eccezionale non può essere considerata come un'anomalia giuridica, il cui allargamento a casi non espressi possa venir accolto come un peggioramento o addirittura come un dissolvimento del sistema giuridico, ma deve essere considerata per quello che è, cioè una deviazione fondata». Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 170.

<sup>419</sup> Per fronteggiare le problematiche dell'analogia si sono, secondo Bobbio, create due scappatoie: la separazione tra le norme eccezionali e le norme speciali; la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia. Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, pp. 167 e 168.

<sup>420</sup> L'*ipotesi*, oltre ad essere il grande limite della cd “geometria legale” (di cui parleremo a breve), appartiene allo stile inquisitorio ed ai suoi teoremi. Cfr. F. CORDERO, *Procedura Penale*, Milano 2001, p. 25, nonché F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1984.

<sup>421</sup> Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, pp. 164 e 165.

<sup>422</sup> Per gli stessi motivi non possiamo condividere ciò che scrive Levi, secondo cui: «Sarà comunque il giudice a dover determinare quando una norma debba dirsi eccezionale, anche perché il generale e l'eccezione sono termini evidentemente relativi». Così G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 38.

dimostrazione scientifica, chiunque potrebbe scegliere quale articolo applicare, se il 12 o il 14 delle preleggi, tenendo così conto unicamente del proprio *gusto*<sup>423</sup>.

*2.5. Quinto criterio: l'analogia juris (...i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato). Come il generale e astratto svela lo spirito.*

L'art 12 delle preleggi così conclude:

*«...se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»*<sup>424</sup>.

Questo è il cosiddetto criterio dell'*analogia juris*<sup>425</sup>.

---

<sup>423</sup> Quello che intendiamo contestare non sono tanto le conclusioni, discutibili ma dialetticamente accettabili, quanto il *metodo* utilizzato dal Bobbio, che scrive dell'analogia tutto ed il suo contrario, finendo per schierarsi in una posizione pressochè indecifrabile. In un primo tempo nega l'esistenza dei limiti (e ciò si evince, in un certo qual modo, già dal titolo del capitolo in questione: «I cosiddetti limiti». Cfr. N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino 1938, p. 158); venti anni dopo rivede, anche se solo parzialmente, la sua posizione (tale inversione di rotta viene confermata anche da G. VASSALLI, su voce *Analogia nel diritto penale*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I, Torino 1957, p. 607). Il passo indietro, però, è solo apparente. Con riferimento alle leggi eccezionali, ad esempio, scrive: «Che la giurisprudenza si attenga scrupolosamente a questo divieto, peraltro, è alquanto dubbio». Cfr. N. BOBBIO, sub voce *Analogia*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. I, Torino 1957, p. 601 e ss. . Anche Heritier, pur rinvenendo «un costante spirito critico ed autocritico» negli scritti del Bobbio, non vede, in questo caso, «significative modifiche» rispetto al 1938. Cfr. P. HERITIER, *L'analogia, settanta anni dopo*, in A. PUNZI (a cura di), *Metodo linguaggio scienza del diritto, omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Quaderni della Rivista internazionale di Filosofia del Diritto (6), Milano 2007, pp. 224 e 230 (nella nota 30).

<sup>424</sup> L'articolo 3 del codice civile del 1865 riportava l'espressione «principi generali di diritto». Per cogliere la genesi della nuova dicitura, occorre rileggere la relazione definitiva del guardasigilli a Sua Maestà il Re Imperatore: «La specificazione introdotta nel progetto definitivo a proposito dei principi generali del diritto, nel senso che tali principi debbono essere ricercati entro la sfera del sistema legislativo vigente, ha incontrato il pieno favore della Commissione parlamentare. Nondimeno, in luogo della formula “principi generali di diritto vigente”, che avrebbe potuto apparire limitativa dell'opera dell'interprete, ho ritenuto preferibile l'altra “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”, nella quale il termine “ordinamento” risulta comprensivo, nel suo ampio significato, oltre che delle norme e degli istituti, anche dell'orientamento politico legislativo statale e della tradizione scientifica nazionale con esso concordante». Per un completo approfondimento, si veda M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 240 e ss. . Di principi si parla anche nell'articolo 117 della Costituzione (principi determinati) e negli articoli 6 e 7 del Testo unico degli enti locali («principi fissati dal presente Testo unico» e «principi fissati dalla legge»). Così segnala V. ITALIA, *I concetti giuridici*, Milano 2009, p. 41 (nella nota 2).

<sup>425</sup> Secondo alcuni Autori la distinzione tra analogia legis e analogia juris è irrilevante dal punto di vista pratico. In tal senso, ad esempio, M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione*

Tanto si è discusso sulla sua *natura*: secondo una prima (e prevalente) prospettiva che fa capo al Crisafulli, i principi generali possono essere soltanto norme giuridiche.

E per due ragioni essenziali:

- Giunti al massimo livello di generalità, la norma non può inspiegabilmente cambiare la sua natura: il passaggio può essere solo dalla *specie* al *genere*.
- La loro funzione non è, poi, tanto diversa da quella delle norme particolari: in assenza di quest'ultime *sono loro* a dover fornire modelli di condotta<sup>426</sup>.

Stando così le cose, tali principi esprimono:

- la loro *generalità*, in quanto potenzialmente in grado di disciplinare da una singola materia fino ad un'intera sfera di rapporti giuridici;
- la loro *fondamentale importanza*, nel senso che *ogni* sistema, senza questa necessaria previsione di chiusura, farebbe fatica a mostrarsi come credibile;
- l'*orientamento etico-politico* del sistema, delineando le linee guida da perseguire;
- la loro *sfera indefinita* di applicazione, cangiante a seconda delle esigenze;
- il loro legame con il contenuto di altre norme, che ne dichiarano e dimostrano la concreta attuazione<sup>427</sup>.

---

*estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 244 e ss. . Contrariamente Cons. Stato, adun. plen., 20 febbraio, 1985, n°2, in "Giur. Agr"., 1986, p. 117.

<sup>426</sup> V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, I, 1940, pp. 193-214, nonché *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, XXI, 1941, pp. 41 e ss. . Tuttavia significati diversi possono delinearsi a seconda dei diversi modelli di legislazione. Così segnala A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 56 e ss. .

<sup>427</sup> Per un completo approfondimento e per i necessari riferimenti bibliografici, si rinvia a N. BOBBIO, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino 1994, pp. 265-266.



A questa prima tesi – a volte soggetta ad una «visione sovversiva»<sup>428</sup> – si contrappone quella del Betti secondo cui, invece, i principi generali sono «orientamenti e ideali di politica legislativa», con il compito ben preciso di individuare i «criteri direttivi per l'interpretazione» e i «criteri programmatici per il progresso della legislazione»<sup>429</sup>.

La motivazione di questa diversa prospettiva è fornita attraverso due connessi argomenti:

- Le norme giuridiche non si possono estrapolare, *in maniera deduttiva*, dai principi.
- Allo stesso modo i principi non si possono ricavare, *in maniera induttiva*, dalle singole norme<sup>430</sup>.

I relativamente recenti scenari internazionali ne hanno dilatato gli orizzonti: dai “principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato” ai “principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili”<sup>431</sup>. E questo ha delineato nuove possibilità<sup>432</sup>; così come nuovi sono i limiti<sup>433</sup>.

---

<sup>428</sup> «...che nelle versioni più radicali giustificava – sulla base dei principi della Costituzione – un sindacato costituzionale del giudice ordinario sulla legge». Così avverte Giuliani, il quale individua l'unica soluzione nella riscoperta di una via intermedia tra i due opposti eccessi. Per un completo approfondimento, teorico e giurisprudenziale, cfr. A. GIULIANI, *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino 1999, p. 58.

<sup>429</sup> Cfr. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano 1971, p. 310 e ss. . Del Vecchio propose addirittura la coincidenza dei principi generali del diritto con il diritto naturale. Lo segnala S. COTTA, *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, in “*Riv. dir. civ.*”, I, 1991, p. 496.

<sup>430</sup> Così sintetizza, contestandone anzitutto la terminologia (che indica «una funzione prescrittiva, non diversa da quella delle norme»), N. BOBBIO, *Contributi a un dizionario giuridico*, Torino 1994, p. 263.

<sup>431</sup> Cfr. art. 38, primo comma, Statuto della Corte internazionale di giustizia (1945); art. 215,2 del trattato istitutivo della Comunità economica europea (1957); art. 188, 2, del Trattato dell'Euratom (1957). Così segnalava G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 24 (nella nota 2).

<sup>432</sup> I principi generali costituiscono «la *koinè* moderna dei giuristi appartenenti a ordinamenti differenti (...). Essi assolvono oggi alla funzione un tempo assolta dal diritto romano: tendono alla comunicazione (se non alla omologazione) degli ordinamenti giuridici diversi per tradizione e per storia interna». Così G. ALPA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, Milano 1993, p. 175.

La loro *fonte formale* non sarà più rappresentata soltanto dal legislatore nazionale, ma da tutte le altre fonti non dipendenti da altra norma (cd “originarie”), come appunto i Trattati.

La loro *fonte materiale* (ma anche formale!) sarà offerta dall’incessante lavoro della giurisprudenza e della dottrina, che daranno voce anche a quanto inizialmente inespresso<sup>434</sup>.

Questa «identità nella sostanza» dell’autorità produttrice, rende anacronistica la distinzione tra principi *costituzionali* e *legislativi*<sup>435</sup>: quello che conta davvero è tollerare un nuovo possibile allargamento concettuale, in nome della necessaria organicità del sistema<sup>436</sup>.

Per cogliere l’importanza di questo ultimo criterio interpretativo, si pensi, ad esempio, alla seguente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, la quale ha stabilito che:

*«In tema di locazione finanziaria l’applicazione analogica dell’art. 1526 c.c. – in quale prevede la restituzione da parte del venditore delle rate riscosse, nel caso di inadempimento del compratore al contratto di vendita con riserva della proprietà – mentre non è ammessa quando ricorre la figura del leasing di “godimento”, è ammessa quando si ricade nella fattispecie del leasing di “trasferimento”».*

---

<sup>433</sup> «Si può concludere dicendo che la capacità di obbligarsi non sussiste *sic et simpliciter*, ma in relazione a limiti, la cui osservanza fa sì che l’atto di colui che si vincola sia esplicazione e non negazione della libertà, tant’è che in questo senso si può riconoscere la validità dei patti sia nel diritto privato, sia nel diritto pubblico, ma anche nel rapporto tra diritto interno e diritto internazionale, sempre però subordinatamente alla persistenza di certe condizioni di fatto (*rebus sic stantibus*)». Così G. LEVI, *L’interpretazione della legge: i principi generali dell’ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 25. Sul punto anche A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano 1999, pp. 337-365.

<sup>434</sup> Così G. LEVI, *L’interpretazione della legge: i principi generali dell’ordinamento giuridico*, Milano 2006, pp. 26-29.

<sup>435</sup> «Ha un senso distinguere i principi in costituzionali e legislativi? Per quanto detto sopra, cioè che, comunque, i principi scaturiscono dal sistema dell’interpretazione del nostro legislatore, per cui anche i principi inespressi assurgono al rango appunto di “principi”, non dovrebbe potersi configurare la distinzione sopra ipotizzata. Inoltre, poiché i principi, come pure abbiamo visto, sono della stessa natura delle norme, la distinzione in costituzionali, e non, non dovrebbe aver senso». Così G. LEVI, *L’interpretazione della legge: i principi generali dell’ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 29.

<sup>436</sup> Così G. LEVI, *L’interpretazione della legge: i principi generali dell’ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 30.

E qual è allora la disciplina applicabile al *leasing* di godimento? Quella delineata dall'analogia *juris*, dai principi generali dell'ordinamento<sup>437</sup>.

I principi generali rappresentano, quindi, un criterio interpretativo dal «carattere residuale»<sup>438</sup>. Che comporta una *generalizzazione* ed *astrazione* del caso pratico. E che, ricercando l'unità di un sistema, ne delinea il suo *spirito*<sup>439</sup>. E il suo contenuto assiologico<sup>440</sup>.

Quindi il *generico*, paradossalmente, svela quanto *di preciso* si cercava<sup>441</sup>, e sin dall'inizio della nostra *strada in salita*<sup>442</sup>.

---

<sup>437</sup> L'esempio giurisprudenziale è rintracciabile in F. PERES, *L'interpretazione di un testo normativo*, in <http://www.image.unipd.it>

<sup>438</sup> Scrive Fracanzani: «Anche la stessa dizione dell'articolo 12 sembra rifarsi a questa idea, laddove parla di caso che rimane *ancora* dubbio, presupponendo, pertanto, una precedente applicazione di criteri ermeneutici diversi da quello, che appare come sussidiario, del ricorso ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 242. Scrive Levi: «In dottrina sin è inteso affermare che l'interpretazione, una volta tentata l'applicazione del meccanismo della literalità e dell'analogia, si dovesse ricorrere, quale "estrema ratio", a qualcosa che facesse riferimento alla relazione *hominis ad hominem*, un *quid* cioè che facesse corrispondere il diritto ad una umana necessità». Così G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, pp. 23 e 38.

<sup>439</sup> G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 40.

<sup>440</sup> «I principi generali, pertanto, non affiorano solo come *estrema ratio*, ma, al contrario, sono il naturale approdo di ogni autentica ermeneutica, sicché non ha ragione di esistere la scala gerarchica così come è stata tradizionalmente individuata nell'articolo 12». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 242. Contrariamente M. BARCELLONA, *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in "Riv. critica dir. priv.", 1991, p. 53.

<sup>441</sup> Perché «...è il sostrato etico che sorregge l'ordinamento sociale e giuridico, costituente un sistema di valori, e quindi un insieme di principi, a giustificare la ricerca ermeneutica di una comunità – anche pluristatale – fondata sul diritto». Così M.M. FRACANZANI, *Analogia ed interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, p. 254.

<sup>442</sup> «Si può concludere curiosamente con questo paradosso, dicendo cioè che i principi generali sono quelli a cui conduce il procedimento di analogia *iuris*, che porta alla generalizzazione, anzi astrazione del caso pratico, ma nello stesso tempo il riferimento ai principi generali, non è un riferimento generico, ma preciso e cioè a quei principi di cui all'ordinamento giuridico positivo, ai principi, come dice esattamente il legislatore, dell'ordinamento giuridico dello Stato». Così G. LEVI, *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano 2006, p. 39. Scrive Lombardi Vallauri: «...se anche l'analogia, principale tecnica di riduzione della vaghezza, in realtà è un'interpretazione e se il problema di vaghezza viene risolto risalendo a un principio, allora, paradossalmente, più qualche cosa è generale e più toglie vaghezza. Ogni vaghezza viene tolta attraverso una generalizzazione, attraverso un risalire a principi, che poi è esattamente quello che dice l'art. 12 salvo che pone una differenza netta tra l'analogia e il ricorso ai principi che come abbiamo visto non c'è. L'analogia è un ricorso a un principio un po' meno generale dei "principi generali". Questo è un risultato sorprendente. L'ordinamento diventa meno

### 3.1. I risultati dell'interpretazione: geometria legale versus dialettica giuridica.

L'interpretazione giuridica può essere classificata, infine, *secondo i suoi possibili risultati*.

A tal proposito si è soliti distinguere tra:

- L'interpretazione **dichiarativa** (*idem dixit quam voluit*).
- L'interpretazione **restrittiva** (*potius dixit quam voluit*).
- L'interpretazione **estensiva** (*minus dixit quam voluit*)<sup>443</sup>.

La predetta classificazione, in realtà, poco convince e, ancor meno, appassiona.

Anzitutto perché questa prima categoria – dell'interpretazione dichiarativa – risulta essere contraddittoria rispetto agli stessi criteri interpretativi enunciati dal diritto positivo, secondo cui – come visto – la pura e semplice dichiarazione *in sé* non sembra poter esistere in maniera credibile<sup>444</sup>.

E non potrebbe essere per noi diversamente, soprattutto dopo quanto sostenuto fino ad ora.

In secondo luogo perché quello che manca ai possibili risultati così descritti sembra essere – a nostro modo di vedere – tutto ciò che viene *subito prima*. E che conduce ai diversi approdi raggiungibili.

Intendiamo dire: “*cosa*” viene ristretto o esteso rispetto all'enunciato legale di partenza non ha alcun valore, se considerato singolarmente.

---

vago diventando più generico o generale». Così L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme giuridiche certe e vaghe in senso vago*, 1999, in <http://www.criminologia.it>

<sup>443</sup> Tale distinzione viene proposta anche da E. PATTARO, in *Filosofia del diritto*, Bologna 1998, pp. 227-228 e, più recentemente, in *Opinio iuris. Lezioni di filosofia del diritto per l'a.a. 2010-2011*, Torino 2010, p. 284. È il caso di ricordare, ancora una volta, che tra i diversi Autori non sempre vi è un pieno accordo in ordine ai possibili e diversi significati delle espressioni “interpretazione estensiva” e “interpretazione restrittiva”. Lo ricorda anche E. DICIOTTI, in *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena 2003, p. 31 (nella nota 35), cui si rinvia per i riferimenti bibliografici. Originale, ma per noi non condivisibile, la classificazione invece proposta da R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino 2003, pp. 159-170.

<sup>444</sup> Se così non fosse basterebbe, infatti, fermarsi al «senso proprio delle parole».

Meglio tornare a parlare, ancora una volta, *dell'uomo*. Che è spinto a comportarsi in un modo (interpretazione estensiva), piuttosto che in un altro (interpretazione restrittiva), sempre a causa di un *motivo*.

Ci è sembrato così possibile distinguere tra quelle che – per noi e non solo – sembrano essere le due principali strade percorribili: la cosiddetta “*geometria legale*”, da una parte. La “*dialettica giuridica*”, dall'altra<sup>445</sup>.

Ecco il bivio cui si trova davanti *ogni* interprete: il **primo** sentiero – quello della “*geometria legale*”<sup>446</sup> – si presenta come una *strada in pianura*. Priva di tornanti.

---

<sup>445</sup> Per un completo approfondimento in ordine alle differenze tra *sapere scientifico* e *sapere filosofico*, si rinvia anzitutto ad un Maestro della Metafisica come Marino Gentile, il cui pensiero è raccolto in M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli 1987. Cfr., altresì, D. CASTELLANO e G. GIUROVICH (a cura di), *Modernità della classicità. La filosofia etico-politica in Marino Gentile*, Udine 1996, nonché E. BERTI (a cura di), *Marino Gentile nella filosofia del Novecento*, Napoli 2003. Successivamente tutto ciò è stato rivisto in chiave più propriamente giuridica dal figlio Francesco, il quale distinse tra *geometria legale* e *dialettica giuridica*. Cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1984; *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova 2001; *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003; *Filosofia del Diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006; *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008. Per cogliere i limiti del sapere scientifico, si rinvia al pensiero di Popper, secondo cui: «1) È facile ottenere delle conferme, o verifiche, per quasi ogni teoria – se quel che cerchiamo sono appunto delle conferme. 2) Le conferme dovrebbero valere solo se sono il risultato di *previsioni rischiose*; vale a dire, nel caso che, non essendo illuminati dalla teoria in questione, ci saremmo dovuti aspettare un evento incompatibile con essa – un evento che avrebbe confutato la teoria. 3) Ogni teoria scientifica “valida” è una proibizione: essa preclude l'accadimento di certe cose. Quante più cose preclude, tanto migliore essa risulta. 4) Una teoria che non può essere confutata da alcun evento concepibile, non è scientifica. L'inconfutabilità di una teoria non è (come spesso si crede) un pregio, bensì un difetto. 5) Ogni controllo genuino di una teoria è un tentativo di falsificarla, o di confutarla. La controllabilità coincide con la falsificabilità; vi sono tuttavia dei gradi di controllabilità: alcune teorie sono controllabili, o esposte alla confutazione, più di altre; esse, per così dire, corrono rischi maggiori. 6) I dati di conferma non dovrebbero contare *se non quando siano il risultato di un controllo genuino della teoria*; e ciò significa che quest'ultimo può essere presentato come un tentativo serio, benché fallito, di falsificare la teoria. In simili casi parlo ora di “dati corroboranti”. 7) Alcune teorie genuinamente controllabili, dopo che si sono rivelate false, continuano ad essere sostenute dai loro fautori – per esempio con l'introduzione, *ad hoc*, di qualche assunzione ausiliare, o con la reinterpretazione *ad hoc* della teoria, in modo da sottrarla alla confutazione. Una procedura del genere è sempre possibile, ma essa può salvare la teoria dalla confutazione solo al prezzo di distruggere, o almeno pregiudicare, il suo stato scientifico. Ho descritto in seguito una tale operazione di salvataggio come una “*mossa*” o “*stratagemma convenzionalistico*”. Si può riassumere tutto questo dicendo che *il criterio dello stato scientifico di una teoria è la sua falsificabilità, confutabilità, o controllabilità*». Così K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna 1972, pp. 66-67. Inoltre, dello stesso Autore, si veda *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino 1998, p. 11 e ss. . Per una sintetica panoramica del suo pensiero sull'argomento, cfr. D. GILLIES e G. GIORELLO, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Roma-Bari 2010, pp. 42-47.

<sup>446</sup> Per una rapida ma efficace comprensione della struttura del sapere geometrico e dei suoi corollari, si veda F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli*

La sua pavimentazione è assolutamente regolare. La segnaletica precisa. Il **secondo** – quello della “*dialettica giuridica*”<sup>447</sup> – è invece il classico *sentiero di montagna*, tutto curve e difficoltà.

Si è così chiarito il perché si preferisca privilegiare il primo e si eviti con cura il secondo.

Ma l'apparenza – come spesso accade – il più delle volte inganna. Sicché è preferibile – platonicamente (cfr. § 0, nota 10) – anche *soffrire*, se ciò alla fine conduce ad una migliore analisi della nostra esistenza:

**Tizio** fa l'avvocato e tutto sa del diritto positivo. Si presenta nel suo Studio professionale un tale: c'è da risolvere un problema dell'*Essere*<sup>448</sup>. Tizio lo fa accomodare nella sedia di fronte. È molto cortese con lui, ma non mostra interesse concreto per le sue parole. Le parole che contano sono solo quelle scritte nelle carte che il cliente ora stringe tra le sue mani. Tizio le prende e, avidamente, le legge. Cercando subito i necessari riferimenti normativi. Tuttavia egli sa già che nei codici e nelle leggi non esiste una soluzione perfettamente calzante al caso. Si mette così al lavoro. In questo modo: accende il suo *computer*<sup>449</sup>, apre la banca dati e – avviando le procedure di una deduzione sillogistica pura (nella quale gli indizi, *premessa minore*, debbono essere confrontati con la massima di

---

*allievi*, Padova 2006, pp. 13-21. Per cogliere l'analogia tra scienza del diritto e matematica in Kant, cfr. G.M. AZZONI, *Filosofia dell'atto giuridico in Immanuel Kant*, Padova 1998, pp. 45-58.

<sup>447</sup> Stiamo in tal modo esponendo – consapevolmente in maniera troppo riduttiva, fino al rischio della banalizzazione – le categorie elaborate da Francesco Gentile in una vita da studioso che – come già più volte accennato – intendiamo utilizzare per sostenere concettualmente il nostro argomentare. Per la ricerca della «giusta misura» attraverso la dialettica, cfr. F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, pp. 169-178.

<sup>448</sup> « Il giudice penale, come il giudice civile, riconosce o dovrebbe riconoscere a ciascuno *il suo*; ma questo è il *suo essere* in luogo del *suo avere*. Ora s'è finita di svolgere, in questa formula, la distinzione profonda tra i due processi, civile e penale, anzi fra i due diritti: in civile si contende dell'*avere* e in penale dell'*essere*». Così F. CARNELUTTI, *Cenerentola*, in “*Riv. dir. proc.*”, 1946, pp. 76-77.

<sup>449</sup> «L' “interpretazione giuridica” rischia cioè di apparire alla luce di una relazione inversa a *somma zero* con il principio della “certezza del diritto”, dato che il significato da attribuire ad una o più disposizioni normative, risulterebbe tanto più univoco, quanto minore è stato lo sforzo ermeneutico richiesto all'interprete». Così U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Milano 2001, p. 6. Cfr. altresì, dello stesso Autore, *Alle fonti del diritto. Mito, scienza, filosofia*, Torino 2002, pp. 239-247.

esperienza<sup>450</sup>, *premessa maggiore*)<sup>451</sup> – cerca la sentenza al suo cliente più favorevole. Ovviamente la trova. La fa vedere al suo interlocutore, che si

---

<sup>450</sup> «La massima di esperienza si differenzia dalla mera congettura perché è formulata sulla scorta dell' "*id quod plerumque accidit*" come risultato di una verifica empirica dell'elemento preso in considerazione. (Nella specie la Corte ha ritenuto che le asserzioni secondo cui, rispettivamente, "non è usuale che il conducente di un'autovettura lasci la propria auto in una pubblica via per un lungo tempo senza chiuderla o, quanto meno, senza portare con sé le chiavi di accensione" e " non è usuale che un ladro, sottratta la vettura ed utilizzata la stessa per la commissione di gravi reati contro la persona, torni a posteggiarla, poche ore dopo, nell'esatto luogo dal quale l'ha presa", rispondano correttamente a massime di comune esperienza». Così Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2009, n° 27862, in *CED Cass. pen. 2009*, 244439. «In materia di intercettazioni telefoniche, l'interpretazione del linguaggio e del contenuto delle conversazioni costituisce questione di fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito, e si sottrae al sindacato di legittimità se tale valutazione è motivata in conformità ai criteri della logica e delle massime di esperienza». Così Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2007, n° 15396, in *CED Cass. pen. 2008*, 239636. Sembra così possibile considerare le massime di esperienza come «definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue circostanze singole, guadagnate mediante l'esperienza, ma autonome rispetto ai singoli casi dalla cui osservazione sono tratte, e oltre i quali pretendono valere per altri casi». Cfr. F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano 1997, p. 184.

<sup>451</sup> Tale atteggiamento pare stimolato dalla stessa prassi giurisprudenziale: «Le intercettazioni telefoniche sono idonee ricostruire il fatto da accertare, costituiscono cioè fondamento del giudizio critico complessivo che sostanzia la prova del fatto. A tal fine esse vengono recepite come parte da cui può trarsi una circostanza (premessa minore) che, sussunta nella massima di esperienza corrispondente (premessa maggiore), consente di trarre una deduzione che logicamente costituisce la verità o non la verità del fatto da provare». Così Cass. pen., sez. I, 2 aprile 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 2590, nota Jacoviello. «L'art. 192 comma 2 del nuovo c.p.p. riconosce formalmente la validità probatoria degli indizi, quando siano gravi, precisi e concordanti. La prova cd critica, che utilizza appunto gli indizi per dedurre l'esistenza di un fatto (art. 192 c.p.p.), è la risultante di un ragionamento sillogistico, caratteristico della logica del giudice. La massima di esperienza si pone come la premessa maggiore; l'indizio è la premessa minore; la conclusione diventa elemento di prova del fatto in esame. Data, però, la naturale inadeguatezza degli indizi l'art. 192 comma 2 c.p.p. – anche con riferimento alla regola delle presunzioni dettata dall'art. 2729 c.c. – li considera rilevanti soltanto se gravi, precisi e concordanti. Gravi sono gli indizi consistenti, cioè resistenti alle obiezioni, e quindi attendibili e convincenti, precisi sono quelli non generici e non suscettibili di diversa interpretazione altrettanto o anche più verosimile, perciò non equivoci; concordanti sono quelli che non contrastano tra loro e più ancora con altri dati o elementi certi. Quando hanno queste caratteristiche gli indizi possono costituire prova di un atto, se valutati nel loro complesso ed in logica coordinazione». Così Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 1991, in *Giust. Pen.*, 1991, III, 319 (s.m.). «E, inoltre, nozione acquisita che per passare dal fatto noto (ovvero probatoriamente accertato) a quello ignoto (*thema probandum*), il giudice fa, più o meno consapevolmente, uso di particolari "regole ponte", tale da consentirgli di mettere in relazione i due fatti e di risalire da quello noto a quello ignoto; tale mediazione può essere assicurata da una cd "regola di esperienza", legittimata dal patrimonio conoscitivo derivante dal senso comune e ricavata dall'osservazione ripetuta di casi simili, denotanti la costante ripetizione di un certo fenomeno in presenza di determinate condizioni, ovvero da una legge scientifica, di valenza universale o semplicemente statistica, od, ancora, da una legge appartenente alla logica, che presiede ed orienta i percorsi mentali della razionalità umana. Il ragionamento probatorio che consente di passare dall'elemento di prova al risultato di prova rientra nella competenza del giudice di merito, che deve, ovviamente, fornire congrua motivazione e che, in tema di prova indiziaria, deve procedere ad un duplice vaglio giustificativo: un primo vaglio attinente alla cd "giustificazione esterna", attraverso la quale il giudice deve saggiare la validità della regola d'esperienza ovvero della legge

---

scientifica o logica utilizzata, ed un secondo vaglio concernente la cd “giustificazione interna”, mediante la quale occorre dimostrare, in concreto, la validità del risultato conseguito mediante l’applicazione della “regola ponte” (...). Pertanto la verifica della validità delle tecniche di indagine (B.P.A.) non si basa su leggi scientifiche nuove od autonome bensì sull’applicazione di quelle, ampiamente collaudate da risalente esperienza, proprie di altre scienze (matematica, geometria, fisica, biologia e chimica) che, in quanto universalmente riconosciute ed applicate, non richiedono specifici vagli di affidabilità». Così Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n° 31456, in *Guida al diritto*, n° 33, 2008, p. 90. Per cogliere i limiti di tale impostazione, si veda quanto osserva A. BERARDI, *Il problema dell’architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocinio infedele “stragiudiziale”*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, pp. 235-239, nonché M. MANZIN, *L’ordine infranto*, in “*Rassegna degli Avvocati italiani*”, n° 2, 2009, pp. 42-54 (articolo già pubblicato in “*Tigor. Rivista di scienze della comunicazione*”, n° 1, 2009, pp. 31-41), specialmente pp. 45-46. Cfr., altresì, A. BERNARDO, *Regole e vincoli dell’argomentazione giuridica*, 2003, pp. 2-7, in <http://archivioceradi.luiss.it>. Sul punto scrive Cavalla: «Non si nega che il sillogismo giuridico possa ancora rappresentare uno schema per disporre alla fine, con opportuna chiarezza, il discorso giudiziale; ma esso non è in grado di fornire né premesse né passaggi necessari: infatti la legge è soggetta ad interpretazione e il fatto può essere ricostruito riguardandolo da prospettive diverse. Pertanto il problema rimane: quale ordine dare al discorso che sostiene una certa interpretazione, o una certa visione dei fatti, a preferenza di un’altra? (...). Perelman afferma che solo le dimostrazioni scientifiche sarebbero in grado di produrre verità. *Ma questa affermazione non è a sua volta scientificamente dimostrabile*: costituisce un assioma non dimostrato; e seppure si riuscisse a farlo dipendere da un altro assioma resterebbe sempre il problema di dimostrare quest’ultimo. Probabilmente Perelman, come gran parte della cultura moderna, confonde certezza con verità. Le proposizioni matematiche sono senz’altro più certe di quelle degli avvocati, ma questo non vuol dire che siano le sole vere (...). Ciò che rende vera la conclusione dell’avvocato, della parte processuale, non è (...) la derivazione da premesse indiscusse, ma il costituirsi di una generalizzazione, capace di riferirsi all’oggetto del contendere, che non trovi in un certo ambiente motivate opposizioni (non essendo tali il silenzio arrogante, l’affermazione perentoria, il discorso supponente). In questa prospettiva la retorica non è né ancillare né “imperfetta” rispetto al ragionamento geometrico: persegue lo stesso scopo necessario di quest’ultimo con mezzi propri, quali sono esigiti nei contesti dove non sarebbe né utile né opportuno ricorrere all’astrazione del linguaggio formalizzato. Ecco allora che ogni forma della retorica – sia che con la medesima si voglia stupire, o divulgare, o perorare, o confutare – rivela quale sia il suo autentico potenziale destino: *che non è quello di esercitare una pressione psicologica sulle facoltà dell’uditorio, ma è quello piuttosto di aumentare la conoscenza* dicendogli quale sia – nella discussione in atto – la conclusione più congrua al patrimonio di idee, convinzioni ed esperienze di chi ascolta. Ed è poi perseguendo il proprio destino che la retorica raggiunge la massima efficacia: quando la conclusione dell’oratore non appare più semplice pretesa soggettiva del tutto opinabile, ma ciò che l’uditorio, i partecipi del contesto, non possono rifiutare senza ridurre ad insignificanza il loro stesso pregresso sapere. Si vede così che, anche se tutte e sempre ridiscutibili in diversi momenti, le conclusioni retoriche non perdono il carattere di verità particolari, capaci di segnare nel modo più concreto il cammino attraverso cui passa, per l’uomo, la formazione del sapere». Così F. CAVALLA, *La via retorica alla verità*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell’avvocato*, Pisa 2004, pp. 116, 120 e 174. Sull’uso della prova scientifica nel processo, S. FUSELLI, *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano 2008, nonché F. PUPPO, *La “nuova” prova scientifica nel processo penale*, in G. FERRARI e M. MANZIN (a cura di), *La retorica tra scienze e professione legale. Questioni di metodo*, Milano 2004, pp. 355-372.



rasserena. Il giorno dopo Tizio – illudendosi di sapere tutto ciò che occorre<sup>452</sup> – prepara la sua memoria difensiva, fatta di copia-incolla della giurisprudenza ai suoi scopi più congeniale<sup>453</sup>.

**Caio** fa l'avvocato, ma legge anche di filosofia. Si presenta nel suo Studio professionale un tale. Caio ne studia anzitutto il «ritratto»<sup>454</sup>. Le impressioni iniziali non sono delle migliori, ma Caio sa che non spetta a lui giudicare. Anzi proprio da quella difficoltà si sente «attratto»<sup>455</sup>. Ascolta così, in silenzio, una confessione; ma subito dopo anche lui ha da confessare che per ogni pronuncia favorevole ce ne sarà almeno una di orientamento contrario. E che magari proprio quest'ultima sarà considerata maggiormente dal giudicante. Non si tratta allora di uno *scontro di forze*, ma di una *esigenza di verità*<sup>456</sup>. Caio legge negli occhi di chi

---

<sup>452</sup> Ricorda Platone: «...l'ignoranza ha proprio questo di penoso: chi non è né bello né buono né saggio, ritiene invece di esserlo in modo conveniente. E, in effetti, colui che non ritiene di essere bisognoso, non desidera ciò di cui non ritiene di aver bisogno». Così PLATONE, *Simposio*, 204 A-204 B, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, p. 512.

<sup>453</sup> «Nella *Critica della ragion pura* si parla con una certa ostilità e con malcelato disprezzo della dimostrazione avvocatessa'. La quale è quella che mira non a convincere in modo argomentato, ma a manipolare l'avversario, ed "è ben contenta di permettere che egli si appelli ad una legge da lui fraintesa, poiché sulla confutazione in proposito essa potrà fondare le sue pretese illegittime" (Kant 1999, A 297, pp. 11-15, 488). Il discorso giuridico dell'avvocato, in altri termini, utilizza la legge in modo puramente *tecnico* (non nel senso della tecnica giuridica, ma nel senso dell'assenza di principi critici nell'orizzonte argomentativi, tutto descritto dallo sforzo strumentale della manipolazione)». Così M. LA TORRE, *Avvocatura ed etica giuridica*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma 2003, p. 115.

<sup>454</sup> Così F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Padova 1949, pp. 53-54.

<sup>455</sup> Così F. CARNELUTTI, *Vita da avvocato*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita da avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano 2006, p. 20.

<sup>456</sup> Invero «se restiamo sul piano puramente psicologico dobbiamo riconoscere che nell'esperienza forense non esiste una tecnica – cioè uno strumento capace di garantire il risultato – per condizionare la volontà di chi ascolta (se qualcuno avesse scoperto una simile tecnica diverrebbe...il padrone del mondo, o quasi): esistono invece, certamente, dei modi di esporre le proprie ragioni che – quale più, quale meno – dispongono favorevolmente il giudice a dar credito ad una certa tesi piuttosto che ad un'altra; ma finché consideriamo il "modo di esporre" sotto il profilo meramente psicologico, esso ci appare come uno strumento rivolto a propiziare, se non a garantire, uno scopo, cioè come una forza. L'opposizione tra parte e giudice diventa uno scontro di forze: nel quale, ovviamente, prevale sempre la più potente; e finché manca un criterio diverso di giudizio cui sottoporre l'esercizio della forza, bisognerà ammettere che tale esito – la prevalenza della volontà più forte – è inevitabile, l'unico possibile. La volontà più efficace è sempre quella del giudice: è ovvio che debba prevalere, e finché non si trova un qualche valore di verità per criticarla, ogni lamentela decade al rango della chiacchiera da caffè». Così F. CAVALLA, *La via retorica alla verità*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa 2004, pp. 114-115.

ha di fronte una sensazione, che si chiama paura. Torna a casa pensando alla vicenda ascoltata poco prima nel suo Studio. La notte non passa tranquilla. Ora le diverse paure si incontrano: quella di perdere la libertà e quella di farla perdere. Il giorno dopo Caio si mette al lavoro, con la sana inquietudine di chi sa di sapere ma, anche e soprattutto, di non sapere. Capisce che l'unica strada percorribile è la più difficile. Che soltanto attraverso la *problematizzazione* di ciò che già sa scoprirà nuove soluzioni. Che ogni nodo problematico potrà essere sciolto solo attraverso un confronto tra tesi contrastanti<sup>457</sup>. Perché l'essenza del diritto – lo ripetiamo ancora una volta – è data dal *rapporto* e non dal singolo. Dal necessario dialogo e dal reciproco riconoscimento dell'*altro*, attraverso un consapevole quanto responsabile *arretrarsi*. Caio prende anzitutto i riferimenti normativi e li affianca al fatto concreto, analizzandone – *dialetticamente*<sup>458</sup> – il suo valore giuridico pre-positivo, unico e irripetibile<sup>459</sup>. Il *caso vitale* svela così un nuovo significato, precisando e ri-definendo<sup>460</sup>: una prima crepa, in termini di logica, si apre. E il suo cuore si illumina. Caio ha finalmente trovato un primo appiglio a cui aggrappare la speranza. Ci spende sopra tutte le sue energie. E la sua esistenza, per questo, si rafforza e *purifica*: aiutando il suo cliente, Caio aiuta anche se stesso.

Crediamo, al di là di queste nostre – forse troppo banali – esemplificazioni, che proprio in ciò stia la differenza fondamentale tra le due diverse possibili

---

<sup>457</sup> E. ANCONA e M. FRACANZANI (a cura di), *Struttura e svolgimento della quaestio*, Padova 1998, p. 5 e ss. .

<sup>458</sup> Facciamo nostre sul punto le osservazioni di Cavalla, secondo cui «si dice “dialettico” tutto ciò che concerne la costituzione, l'accertamento o la confutazione di un rapporto logico tra proposizioni diverse, composte con il linguaggio ordinario e avanzate in un contesto di discussione». Così F. CAVALLA, *La via retorica alla verità*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa 2004, p. 131.

<sup>459</sup> Tra norma e situazione di fatto esiste «un rapporto di circolarità ermeneutica (...) per il quale la giuridicità inerente al singolo fatto concreto non può non influenzare la tipicità normativa, e quest'ultima, a sua volta, interferisce nella valutazione del fatto». Lo ricorda A. BERARDI, *Il problema dell'architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocinio infedele “stragiudiziale”*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 240. Sull'interpretazione del fatto si veda, altresì, quanto osserva U. VINCENTI, *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa 2004, pp. 35-37.

<sup>460</sup> U. PAGALLO, *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Milano 2001, pp. 27 e 28.

impostazioni di metodo: l'*arroganza* di chi si illude di sapere, opposta all'*umiltà* di chi sa, soprattutto, di non sapere. Chi utilizza un *protocollo operativo* ai suoi scopi funzionale<sup>461</sup> e su questo, *virtualmente*<sup>462</sup>, costruisce l'intera difesa. E chi invece, partendo dalle difficoltà del *reale*, decide di andare oltre le comodità. Attraverso un *domandare tutto*, un mettere tutto in discussione. Anche se stesso<sup>463</sup>.

Insomma *stabilità apparente*, fatta di discutibili adattamenti; e *temporanee paure*, destinate però a dissolversi. Come la nebbia quando spunta il sole: la strada in pianura, è vero, non ha salite, ma neanche discese. Si è sempre lì. Quasi non ci si muove. Il movimento, così come quanto prodotto, è un'illusione. Riguarda solo il nostro corpo, non lo spirito.

L'avvocato Tizio – riducendo il *sapere per il sapere* al *sapere per fare*<sup>464</sup> – va nelle aule di Giustizia per discutere della causa del suo cliente, ma non capisce che, così operando, non difende neanche se stesso.

Invece la nostra salita, pur difficile, ci porta su: *in cima*<sup>465</sup>. Facendoci toccare la *vetta* della nostra esistenza. E capire l'autentico significato del concetto filosofico dell'esperienza, che sembra potersi svelare solo se, in qualche modo, *sudata*.

---

<sup>461</sup> Il sapere filosofico, invece, «non è e non può essere il sapere esaustivo di chi, avendo posta una ipotesi, ne ricava scientificamente tutte le conseguenze che vi fossero contenute, bensì è il sapere inesauribile di una certezza anipotetica la quale trova nella sempre nuova varietà dell'esperienza sempre nuovi temi di verifica». Così M. GENTILE, *Trattato di Filosofia*, Napoli 1987, p. 230. A tal proposito non va dimenticato che l'*ipotesi*, in quanto tale, rimane, sempre e comunque, indimostrata ed indimostrabile. È il caso, quindi, di prestare la massima attenzione sul punto, poiché «il convenzionalismo è come una nebbia, che offusca la verità della vita». Così A. CRISCUOLO, *Bugie e pregiudizi*, Taranto 1896, p. 18.

<sup>462</sup> «Ciò che è significato dalle scienze – specie se espresso con un linguaggio artificiale – è sempre frutto di un'astrazione, *non accade propriamente mai*. Un triangolo non accade (...)». Così F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Milano 2007, p. 33.

<sup>463</sup> F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 141.

<sup>464</sup> U. PAGALLO, *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica*, in M. AYUSO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid 2006, p. 344.

<sup>465</sup> «Oso anche dire che tra il punto di vista empirico e il punto di vista filosofico non ci sia un vallo insuperabile. Vi è piuttosto un'aspra salita. La filosofia non si apparta entro una cerchia murata, ma sopra una cima. Tutti la possono raggiungere dalla pianura. Anzi non vi si giunge se non partendo da questa; ma bisogna ascendere». Perché la filosofia è «un'altitudine del sapere». «Perciò il diritto si vede dalla filosofia come la terra da un velivolo. Chi nega la utilità della filosofia non solo per il diritto, ma per tutte le scienze, non capisce che soltanto la filosofia permette di valutare i fenomeni con la terza dimensione». Così F. CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, in "Riv. int. fil. dir.", fasc. 2, 1923, pp. 3-4, 5 e 7.

In alta quota, però, poco si resta. Presto accadrà qualcosa di nuovo e difficile, che ci farà precipitare a valle. E allora si ricomincerà daccapo, peraltro senza alcuna certezza di arrivare ancora lì su, dove ci si innalza con lo spirito.

A chi, considerando esclusivamente il diritto positivo<sup>466</sup>, si aspettava soluzioni metodologiche più precise, rispondiamo opponendo questo nostro modesto pensare, che invece in modo esclusivo nulla considera<sup>467</sup>. E che, così facendo, certezze definitive non può pretendere di avanzare.

Ci pare possibile riassumere quanto esposto fino a questo momento attraverso le seguenti proposizioni consequenziali:

1. Anzitutto, sullo sfondo del nostro argomentare, come discutibili si sono rivelate alcune presunte dicotomie: una prima coppia, composta dalle cosiddette “filosofie simulate” – ideologia e utopia<sup>468</sup> –, governa, nella sostanza, anche una seconda, invece formata dalla *teoria pura del diritto* (Kelsen)<sup>469</sup> e da quella, apparentemente opposta, del *diritto libero*

---

<sup>466</sup> Seguendo gli schemi dell’oggettivazione kelseniana/normativistica, «l’*idea di soggetto* è soltanto un espediente per rappresentare l’unificazione di un insieme di regole nel presupposto della loro applicazione alle azioni di uno stesso individuo fisico». Lo ricorda P. BARCELLONA, *I soggetti e le norme*, in *Quaderni fiorentini*, n° 16, p. 80. Cfr., altresì, R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in “*Jus*”, 1960, p. 149 e ss. .

<sup>467</sup> «Superare il positivismo legislativo non significa abbandonare il principio di positività del diritto. I valori non sono per se stessi norme, né principi di deduzione di norme; non esprimono una modalità deontica, ma sono (in linguaggio kantiano) condizioni della possibilità di norme aventi la qualità di “diritto giusto”. Ai valori è sì “immanente la tendenza a darsi un’esistenza fenomenica, ad esistenzialarsi”, ma essi “non hanno in sé la forza di stabilirsi nella sfera degli atti”: per realizzarsi devono avere “la risorsa di un’altra forma che si impegni per loro”. Questa forza, nel campo del diritto, è la norma positiva, la sola fornita del carattere essenziale del diritto che è l’effettività, la capacità di imprimere una forma alla realtà. Al livello più alto di generalizzazione essa traduce i valori in regole di preferenza impartite agli organi di formazione e di applicazione del diritto (norme costituzionali strutturate come clausole generali o come diritti fondamentali); a livello meno elevato, controllato dal primo (norme di legge ordinaria definite con la tecnica della fattispecie casistica), essa opera una scelta tra le molteplici possibilità di soluzione di un problema pratico rappresentate dai valori». Così L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, pp. 74-75.

<sup>468</sup> F. GENTILE, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento politico*, Milano 2003, pp. 52-65.

<sup>469</sup> Per una panoramica generale sul suo pensiero, G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma-Bari 2007, pp. 274-285.

(Bülow)<sup>470</sup>. In entrambi i casi, a ben vedere, si genera una *conflittualità*: si vuole *mantenere il potere*, da una parte (ideologia e positivismo giuridico); *cercare di ottenerlo*, dall'altra (utopia e movimento del diritto libero, cui affianchiamo il cosiddetto diritto interiore).

2. La *mediazione* proposta non è allora una semplice e – ci sia consentito – meno profonda transazione sulla “cosa” per ottenere una labile pace tra schieramenti, ma riconoscimento dell'*altruità*. E del, ben diverso, “diritto sulla cosa”<sup>471</sup>. Attraverso un *arretramento alternato*, che ci consentirà – senza mancare il bersaglio – di comprendere *ciò che spetta a ciascuno*<sup>472</sup>: pur arretrando saprò che, in situazioni uguali, dovrà essere riconosciuto anche il *mio* diritto. E che, chi invece ora *avanza*, dovrà, in una eventuale condizione speculare, occupare il mio attuale posto.
3. Con l'ambizione di favorire una «effettiva base d'incontro tra filosofia del diritto e scienza giuridica»<sup>473</sup>, si propone allora una figura di giurista che non guarda *unicamente* al dato positivo<sup>474</sup>, né innerva il suo argomentare con un mero approccio sociologico (Ehrlich)<sup>475</sup> o solo astrattamente morale: né il bruco, né la farfalla. Ma la crisalide<sup>476</sup>. Soltanto così,

---

<sup>470</sup> G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma-Bari 2007, pp. 195-199. Per una puntuale analisi dei principali Autori di questa corrente, si veda K. LARENZ, *Soria del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966.

<sup>471</sup> Così F. GENTILE, *Disordine, ordine e ordinamento. Riflessioni in margine al concetto di “fluttuazione” di Ilya Prigogine*, in M. NICOLINI (a cura di), *Ordine e disordine*, Bologna 1987, p. 372.

<sup>472</sup> F. CARNELUTTI, *Cenerentola*, in “*Rivista di diritto processuale*”, 1946, p. 76.

<sup>473</sup> Così auspicava L. CAIANI, *Filosofia del diritto e storia della giurisprudenza*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, Milano 1958, fasc. I, p. 71.

<sup>474</sup> Anche per Carnelutti un autentico vantaggio può essere ottenuto «accoppiando la valutazione scientifica alla valutazione filosofica: un vantaggio molto simile a quello della visione stereoscopica. Il vero è che noi e i filosofi, presi isolatamente, siamo dei monocoli: solo se ci mettiamo insieme arriviamo a vedere le cose in rilievo». Tuttavia l'Autore finisce per considerare questa «visione binoculare» molto difficile da raggiungere. Così F. CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, in “*Riv. int. fil. dir.*”, fasc. 2, 1923, p. 7 e ss. .

<sup>475</sup> G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma-Bari 2007, pp. 199-201.

<sup>476</sup> Si deve la suggestione dell'immagine della crisalide, qui riproposta, a Francesco Gentile, che così decise di intitolare una collana bibliografica da lui diretta: «Che la nostra sia una società in transizione è l'idea a tal punto condivisa da risultare banale. L'esito fallimentare, tuttavia, delle molte rivoluzioni come l'estenuante precarietà delle continue riforme costringono a riflettere sulla natura del rinnovamento che, sempre più scopertamente, appare affidarsi ad una *metànoia* soggettiva, quale solo la radicale problematicità della filosofia è in grado di propiziare. Nel medesimo tempo, e di conseguenza, appare sempre più incongruo concepire la riflessione

mediante questo riconoscimento cooperativo del *rapporto tra le parti*, questo voler «creare dei legami» – nobile volontà che, in una nota fiaba, la volpe, rivolgendosi al piccolo principe, definisce con il verbo “*addomesticare*”<sup>477</sup> (di qui la rivelazione del suo segreto più importante: «l’essenziale è invisibile agli occhi»<sup>478</sup>) –, si passerà dal *conflitto* alla *controversia*<sup>479</sup>.

4. Sarà allora la norma, pur rimanendo se stessa, a *piegarsi* sui singoli casi. Se così non fosse bisognerebbe rivedere la sua stessa definizione, che la qualifica come “*generale e astratta*”<sup>480</sup>. Così operando anche l’interpretazione giuridica si presenterà come fruttifera e *oggettivabile*<sup>481</sup>.

---

filosofica come un librarsi estetizzante, al modo della farfalla, lontano dalle intricate vicende della vita quotidiana. E se ne scopre la proprietà originaria nella fatica di superare, al modo della crisalide, lo stato larvale del mero produrre». Così F. GENTILE in <http://www.giuri.unipd.it>

<sup>477</sup> «“Non si conoscono che le cose che si addomesticano”, disse la volpe. “Gli uomini non hanno più tempo per conoscere nulla. Comprano dai mercanti le cose già fatte. Ma siccome non esistono mercanti di amici, gli uomini non hanno più amici. Se tu vuoi un amico addomesticami!”». A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Il piccolo principe*, Milano 2009, pp.93-94.

<sup>478</sup> La stessa etimologia del nome Omero ci comunica più di qualcosa in tal senso: “colui che non vede” (ὄμη ὄω) deve necessariamente “accompagnarsi a qualcuno” (ὄμη ἔμ). Di qui la profonda saggezza che, nell’antichità, veniva riconosciuta ai non vedenti: la loro condizione li obbligava ad una dipendenza, ma tale *obbligo di rapporto* era, a ben vedere, ciò a cui doveva aspirare ogni uomo.

<sup>479</sup> Occorre, pertanto, soffermarsi su due diversi aspetti: «Sulla conoscenza della situazione concreta dell’agire, che implica la disponibilità all’ascolto, all’oggettiva percezione del reale e alla paziente fatica dell’esperienza, non pregiudicata da “a priori”, né ideologici né scientifici, ma aperta alla radicale problematicità che solo un incondizionato amore del sapere (filosofia) propizia. E sulla “rischiosità” della decisione, relativa sempre al concreto, al contingente, al a-venire, esposta ad inevitabile incertezza per la finitezza e l’insufficienza dell’esistenza umana che non può escludere conseguenze indirette e sottratte al calcolo, donde la necessità di tenersi lontani da ogni astratto moralismo ma anche la necessità di ricordare che non solo il fine dell’agire umano bensì anche il modo concreto della sua realizzazione deve conformarsi alla verità delle cose reali». Così F. GENTILE, *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008, pp. 97-98.

<sup>480</sup> A tal proposito occorre sempre ricordare che «...l’astrazione è sempre tradimento per incompletezza della complessità del concreto». Così T. SERRA, *Diritti e democrazia tra eguaglianza e differenza*, in L. PALAZZANI (a cura di), *Il diritto tra uguaglianza e differenza di genere*, Torino 2005, p. 99. Ciò significa che, per un effettivo funzionamento della “macchina giuridica”, le categorie in questione – astrazione e concretezza – dovrebbero sempre tra di loro dialogare e reciprocamente condizionarsi. Ancora attuali e spendibili si mostrano così le parole di Caiani, secondo cui: «Il ciclo della vita del diritto potrebbe essere visto, in una considerazione unitaria dei suoi momenti fondamentali, come una vicenda che ha il suo motivo dominante, il ritmo stesso della propria esistenza, in un continuo trascorrere dalla concretezza immediata delle valutazioni operanti sul piano della vita comune, alla astrattezza della norma raggiunta sul piano giuridico dal legislatore, e da questa, ancora, alla concretezza dell’esperienza nelle forme specifiche del processo e del giudizio; tramite la mediazione della giurisprudenza. Come un continuo passaggio, cioè, dal concreto all’astratto e dall’astratto al concreto; ma in una forma

5. Di più: il diritto posto, nella sua apparente finitezza, *naturalmente*<sup>482</sup> cambia<sup>483</sup>. E questo non significa che tutto è, nel lungo periodo, inutile. Ma, più semplicemente, che la vivente realtà può essere determinata soltanto dal *sentire condiviso*. Che proprio *nel* tempo sarà scandito<sup>484</sup>: il *relativo* diventa credibile solo se, in qualche modo, *meditato*. Quando, invece, risulta essere prodotto da egoismi e appetiti passeggeri assume i connotati del, certamente diverso, *relativismo*.
6. Ne deriva, di riflesso, l'importanza della filosofia del diritto, che non ha la presunzione di creare un sistema, bensì l'ambizione di *vivificarlo*<sup>485</sup>. Dando le giuste distanze allo spirito pratico e all'utilitarismo empirico, che

---

quanto mai tipica e inconfondibile di concretezza, nella quale appunto la certezza astratta della norma giuridica deve tradursi nella certezza concreta della sentenza». Così L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1953, p. 7.

<sup>481</sup> Poiché la dialettica «...non consiste nel saper combinare dei puri concetti, ma nel riconoscere quelle combinazioni reali della specie di cui è costituito il mondo». Così F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1983, p. 44. Medesimo filo conduttore è presente in U. PAGALLO, *Alle fonti del diritto. Mito, scienza, filosofia*, Torino 2002.

<sup>482</sup> «Il giusto per natura, il  $\mu\delta$ , non muta per natura, ma per "legge e convenzione",  $\mu\delta$ . O, anche: il  $\mu\delta$  muta per natura, ma solo nel senso che deve necessariamente prendere forme diverse a causa dell'elemento  $\mu\delta$  costitutivamente insito nel  $\delta$ , di cui è "parte"». Così G. ZANETTI, *La nozione di giustizia in Aristotele. Un percorso interpretativo*, Bologna 1993, pp. 67-68.

<sup>483</sup> «Superare il positivismo legislativo non significa abbandonare il principio di positività del diritto. I valori non sono per se stessi norme, né principi di deduzione di norme; non esprimono una modalità deontica, ma sono (in linguaggio kantiano) condizioni della possibilità di norme aventi la qualità di "diritto giusto". Ai valori è sì "immanente la tendenza a darsi un'esistenza fenomenica, ad esistenzialarsi", ma essi "non hanno in sé la forza di stabilirsi nella sfera degli atti": per realizzarsi devono avere "la risorsa di un'altra forma che si impegni per loro". Questa forza, nel campo del diritto, è la norma positiva, la sola fornita del carattere essenziale del diritto che è l'effettività, la capacità di imprimere una forma alla realtà. Al livello più alto di generalizzazione essa traduce i valori in regole di preferenza impartite agli organi di formazione e di applicazione del diritto (norme costituzionali strutturate come clausole generali o come diritti fondamentali); a livello meno elevato, controllato dal primo (norme di legge ordinaria definite con la tecnica della fattispecie casistica), essa opera una scelta tra le molteplici possibilità di soluzione di un problema pratico rappresentate dai valori». Così L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, pp. 74-75.

<sup>484</sup> Per cogliere il significato del tempo «maturo» delle leggi si rinvia alle riflessioni di V. ITALIA, *Il tempo delle leggi*, Milano 2010, pp. 6-9.

<sup>485</sup> «La Filosofia del diritto così saldamente fondata, non crea il sistema, lo vivifica; non sovrappone nello interpretare un sistema astratto alla legge, ma la chiarisce e la critica in confronto col suo intimo spirito, cioè colla medesima natura del diritto; non bandisce infallibili tipi di legislazione, ma illuminando la coscienza giuridica colla cognizione delle supreme leggi del diritto stesso, rende sempre più facile l'attuazione loro, epperò assicura il progresso del positivo legiferare; poiché l'uomo, tanto può quanto vuole, e tanto vuole quanto conosce». Così A. BELLINI PIETRI, *Saggio sulla utilità di rapporti scambievoli tra filosofia del diritto e diritto positivo*, Pisa 1898, p. 158.

– come si è cercato di dimostrare – finiscono solo per *intristire* le scienze giuridiche e declassare la nostra stessa esistenza: paralizzandola.

Concludendo: dal solo diritto positivo al diritto positivo fondato, invece, sull'*esperienza*<sup>486</sup>. Dal relativismo, al *meditato relativo*, frutto di un *responsabile* coesistere.

---

<sup>486</sup> «Il diritto è necessariamente fondato (...) sull'ordine ontologico, sulla sua stabilità e immutabilità. Dovunque uomini e popoli siano raggruppati in comunità giuridiche, non sono essi precisamente degli uomini, con una natura umana sostanzialmente identica? Le esigenze che derivano da questa natura sono le norme supreme del diritto. Per quanto diversa possa essere la formulazione di tali esigenze in diritto positivo, secondo i tempi e i luoghi, secondo il grado di evoluzione e di cultura, il loro nucleo centrale, poiché esprime la "natura", è sempre lo stesso. Queste esigenze sono come il punto morto di un pendolo. Il diritto positivo supera il punto morto, ora da una parte, ora dall'altra, ma il pendolo ritorna sempre, si voglia o no, al punto morto fissato dalla natura. Che si chiamino tali esigenze della natura "diritto", "norme etiche" o "postulati della natura", poco importa. Bisogna tuttavia riconoscere che esse esistono; che non sono state stabilite dal capriccio dell'uomo; che sono radicate ontologicamente nella natura umana, non plasmata dall'uomo stesso; che devono dunque trovarsi dappertutto». Così S.S. PIO XII, *Principi fondamentali del diritto penale* (Discorso di S.S. Pio XII ai partecipanti al VI Congresso Internazionale di diritto penale (3 ottobre 1953), nella versione pubblicata in "*Civiltà Cattolica*", Quaderno 2480 del 17 ottobre 1953, p. 214), in "*Archivio penale*", 1953, pp. 431-432.



## PARTE SECONDA

### “GEOMETRIA LEGALE” VERSUS “DIALETTICA GIURIDICA” (TRE RIFLESSIONI A MARGINE)

Sommario: 1. Prima riflessione: il “ragionevole” come criterio di giustizia; 1.1. Premessa; 1.2. Un iter difficile; 1.3. La prima interpretazione; 1.4. La seconda interpretazione; 1.5. Dubbi di legittimità costituzionale; 1.6. Il canone della cosiddetta ragionevolezza; 1.7. La pronuncia delle Sezioni Unite; 2. Seconda riflessione: «...bisogna riguardare la cosa come fatta» (suggestioni nottetempo sul formalismo giuridico); 2.1. Il fatto; 2.2. Il formalismo giuridico; 2.3. Prospettive; 3. Terza riflessione: Il delitto in Adriano Tilgher. Tra utilitarismo e moralismo; 3.1. Posizione del tema; 3.2. La definizione giuridica; 3.3. La definizione utilitaria; 3.4. La definizione morale; 3.5. La definizione eclettica; 3.6. La soluzione proposta dal Tilgher: delitto come «repugnanza»; 3.7. Conclusioni.

Dopo aver delineato, nella parte prima, l’oggetto, nonché i limiti, di questa ricerca e dopo esser giunti, in ordine al problema inizialmente posto, ad una necessaria quanto generale conclusione, il nostro interesse si è spontaneamente indirizzato su alcune questioni proprie e specifiche dell’interpretazione giuridica. Fino a questo momento solo accennate e che, invece, meritano un ulteriore approfondimento: si tratta del canone della cosiddetta ragionevolezza delle leggi; del metodo fondato sul formalismo giuridico; del concetto stesso di diritto, che ci è sembrato possibile meglio delineare attraverso quello di delitto<sup>487</sup>.

In particolare, attraverso le tre riflessioni che seguono, si cercherà di descrivere le differenze esistenti tra i due principali approcci possibili: si tratta, ancora una volta, di tratteggiare le diversità di impostazione tra *geometria legale* e *dialettica giuridica*.

---

<sup>487</sup> «Per adottare la terminologia carneltuttiana potremmo dire insomma che lo studio della patologia del diritto non può essere che un aiuto alla comprensione della sua stessa fisiologia, o, se vogliamo, che le anomalie del suo processo non sono che una proiezione macroscopica del suo stesso ritmo di espansione normale». Così L. CAIANI, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, Padova 1953, p. 19.

## *1. Prima riflessione: Il “ragionevole” come criterio di giustizia.*

Il canone della cosiddetta “ragionevolezza” delle leggi si impone nel dibattito politico-giuridico per ricordarci che anche il diritto, partecipando della debolezza dell’ingegno umano, non è immune agli inconvenienti generati dall’esperienza. Questa consapevolezza ci sprona verso un atteggiamento *autenticamente* filosofico, vale a dire radicalmente problematico, che nulla considera *per convenzione* e nulla lascia fuori dal *domandare tutto*. Pertanto occorre, per tentare di rispondere alle domande che il diritto ci pone, anzitutto abbandonare l’approccio individualista ed ideologico, che tutto discute, tranne se stesso.

### *1.1. Premessa*

Queste osservazioni muovono da un contrasto giurisprudenziale circa gli effetti dell’impugnazione proposta dalla parte civile, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 46 del 20 febbraio 2006, recante “*Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento*”.

La novella legislativa, oltre ad introdurre importanti novità in ordine alla facoltà di impugnare del pubblico ministero e dell’imputato, ha stabilito (art. 4) che la persona offesa, se costituita parte civile, può proporre ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 606 c.p.p. avverso la sentenza di non luogo a procedere, abrogando, nel contempo, l’art. 577 c.p.p. (art. 9, comma 1) – che rappresentava l’unica ipotesi di impugnazione concessa alla parte civile per gli effetti penali – e ritoccando il primo comma dell’art. 576 c.p.p. (art. 6), riguardante l’impugnazione della parte civile ai soli effetti della responsabilità civile dipendente da reato. Tutto ciò ha finito per ridisegnare – probabilmente in maniera involontaria – anche i rapporti tra azione civile e azione penale, con obbligate “scelte coraggiose” da parte del danneggiato dal reato<sup>488</sup>. Le critiche trasversali, così come diverse nei contenuti, hanno fatto emergere due possibili soluzioni, tra loro antitetiche.

---

<sup>488</sup> Così segnala E.M. MANCUSO, *La modifica delle norme in materia di impugnazione della parte civile*, in A. SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano 2006, p. 158.

L'ambizione di queste pagine è quella di offrire una panoramica degli scenari delineati dai diversi orientamenti, per poi approdare alla recente pronuncia risolutoria delle Sezioni Unite.

Si tratta di esaminare, pertanto, alla luce degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, la conformità della soluzione accolta con i principi costituzionali che disciplinano il nostro sistema processuale, valutando, altresì, la presunta spendibilità sul punto del cosiddetto canone della "ragionevolezza".

## 1.2. *Un iter difficile*

Su iniziativa del deputato Gaetano Pecorella veniva presentato alla Camera dei deputati un disegno di legge, il n. 4604, in data 13 gennaio 2004.

Il testo venne approvato, tra le polemiche, in via definitiva dal Senato in data 12 gennaio 2006.

Fu subito censurato dall'allora Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi il quale, avvalendosi – in virtù dell'art. 74 della Cost. – delle sue prerogative costituzionali, rinviò il testo originario alle Camere: la legge fu considerata "palesamente incostituzionale", in diversi suoi punti<sup>489</sup>.

Lievi modifiche furono apportate (alcune parzialmente contrarie alla *ratio* iniziale<sup>490</sup>) fino alla frettolosa entrata in vigore definitiva, sul finire della legislatura. La Consulta, dopo pochi mesi, bocciò l'art. 1 della legge, nel punto in cui si esclude la possibilità del pubblico ministero di proporre appello contro le sentenze di proscioglimento di primo grado<sup>491</sup>.

---

<sup>489</sup> Per le osservazioni contenute nel messaggio presidenziale, si veda "*Guida dir.*", 2006, f. 5, p. 120 e ss. .

<sup>490</sup> E.M. MANCUSO, *La modifica delle norme in materia di impugnazione della parte civile*, in A. SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano 2006, p. 147 e ss. .

<sup>491</sup> Stabilendo anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma secondo, nella parte in cui prevede che l'appello proposto contro una sentenza di proscioglimento dal pubblico ministero prima della data di entrata in vigore della medesima legge è inammissibile. Corte Costituzionale, 6 febbraio 2007, n° 26, in "*Diritto penale e processo*", 2007, f. 3, p. 295; la Corte Costituzionale, con sentenza del 10 luglio 2007, n° 320, in "*Diritto penale e processo*", 2007, f. 10, p. 1277, ha anche dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge nella parte in cui, modificando l'art. 443, comma primo, del codice di procedura penale, esclude che il pubblico ministero possa appellare contro le sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato; cfr., altresì, Corte Costituzionale, ord. 18 gennaio 2008, n. 3, in "*Diritto penale e processo*", 2008, f. 3,

Per ricostruire – senza nessuna pretesa di essere esaustivi – i punti salienti della novella legislativa, può essere interessante richiamare gli atti del convegno svoltosi, in data 13 marzo 2006, presso la Camera penale di Milano. Questo perché in quella occasione fu lo stesso On. Pecorella, intervenuto in qualità di relatore, a sintetizzare le maggiori novità, in quattro punti:

1. L'eliminazione della legittimazione del pubblico ministero ad impugnare le sentenze di proscioglimento.
2. L'obbligo di richiedere l'archiviazione se la Cassazione ritiene l'inesistenza di gravi indizi in sede cautelare.
3. La modifica del 606 c.p.p.
4. Il nuovo principio secondo cui ogni condanna deve essere fondata su una prova di colpevolezza che superi il cosiddetto “ragionevole dubbio”.

Parimenti interessanti furono le prime osservazioni, sia nell'ambito del predetto dibattito che, la settimana successiva, nel corso dell'incontro organizzato dalla Formazione decentrata del CSM. Osservazioni, da subito, molto critiche, tanto da parte del “*sapere*” quanto del “*saper fare*”<sup>492</sup>: c'è chi definì la tecnica legislativa utilizzata “rasente la trascuratezza”, facendo notare la diversità tra esercizio dell'azione penale ed esercizio del diritto di impugnazione<sup>493</sup>. E chi<sup>494</sup>, invece, si soffermò (anche) sul problema di conflitto tra un'interpretazione estensiva<sup>495</sup> del

---

p. 287, in cui si dichiara manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 576 c.p.p. nella parte in cui esclude, in capo alla parte civile, il potere di proporre appello avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato.

<sup>492</sup> Per la differenza (e le problematiche) tra “sapere” e “saper fare” si veda, su tutti, N. IRTI, *La formazione del giurista* (relazione generale), in C. ANGELICI (a cura di) *La formazione del giurista*, Atti del Convegno svoltosi il 2 luglio 2004 presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Milano 2005, pp. 3-12.

<sup>493</sup> Così la professoressa Galantini, ordinario di Diritto Processuale Penale presso l'Università Statale di Milano.

<sup>494</sup> Così il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Milano, Dott. Fontana.

<sup>495</sup> Per un pregevole approfondimento in tema di interpretazione estensiva, cfr. M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, *passim*.

concetto di “novità” – che ricomprende anche prove acquisite e non valutate e prove non acquisite – ed una letterale<sup>496</sup>, quest’ultima preferibile<sup>497</sup>.

La nostra riflessione riguarda una delle questioni più spinose: gli effetti dell’impugnazione della parte civile. Questione che, in maniera inevitabile, apre un dibattito di ampio respiro anche su altre fondanti tematiche del processo penale.

### 1.3. *La prima interpretazione*

Secondo un primo orientamento, decisamente minoritario, la cd. legge Pecorella comporta come effetto che il ricorso per cassazione, presentato dalla parte civile nei confronti di una sentenza di non luogo a procedere in conclusione ad un’udienza preliminare, ha natura di gravame ai soli effetti civili.

Questo significa che l’eventuale annullamento con rinvio, va effettuato al giudice civile competente per valore in grado di appello ai sensi dell’art. 622 c.p.p.<sup>498</sup>. Sempre in questo primo ambito, c’è poi chi ha stabilito che l’annullamento va disposto, nelle predette condizioni, senza rinvio, dato che la sentenza di non luogo a procedere “non decidendo sulla domanda della parte civile (che in tale fase processuale non può chiedere il risarcimento del danno), non spiega effetti né preclusivi né pregiudizialmente vincolanti sull’azione civile”<sup>499</sup>.

Questa prima interpretazione pare discutibile sotto il profilo logico-sistematico. Ed apre un fronte assai pericoloso: non solo perché non tutela le reali esigenze della parte civile – il cui interesse, in questa fase, è quello di ottenere il rinvio a

---

<sup>496</sup> Per cogliere le caratteristiche essenziali dell’interpretazione letterale e le sue possibili ambiguità cfr., per un rapido quanto efficace riepilogo, P. CHIASSONI, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, Bologna 2007, pp. 49-154.

<sup>497</sup> Per un completo approfondimento del dibattito di cui sopra, si veda A. SORGATO, *Legge Pecorella: prime note. Tre autorevoli punti di vista*, in <http://www.penale.it>. Per altre valutazioni, cfr. G. GARUTI e G. DEAN, *I nuovi ambiti soggettivi della facoltà di impugnare*, in A. GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni*, Torino 2006, pp. 131-150, nonché S. ASTARITA, *L’impugnazione di parte civile. Fra resistenze culturali e pretesa parità*, in A. GAITO (a cura di), *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, Torino 2007, pp. 41-60.

<sup>498</sup> Cass. pen., sez. IV, 25 ottobre 2006, p.c. in proc. Martinelli ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n° 236249.

<sup>499</sup> Cass. pen., sez. II, 12 aprile 2007, p.c. in proc. Moreschi, in *C.E.D. Cass.*, n. 236661.

giudizio – ma, anche e soprattutto, perché finisce per trascurare la figura dell'imputato, andando ad annichilire proprio il principio del *favor rei* che invece, nelle originarie intenzioni, sembrava dovesse uscire rafforzato.

#### *1.4. La seconda interpretazione*

Una seconda interpretazione, per converso, ha ritenuto dover sottolineare la volontà del legislatore di andare a tutelare, in questa sede, gli interessi penali.

Ciò comporta, in caso di annullamento del provvedimento, che il rinvio deve essere disposto davanti al giudice dell'udienza preliminare e, dunque, nella sede penale.

Tale prospettiva è stata pensata guardando alla lacuna letterale dell'art. 428 c.p.p. secondo comma, dove si legge che “la parte offesa costituita parte civile può proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 c.p.p.”: manca la limitazione dell'impugnazione ai soli effetti civili, che è invece prevista dall'art. 576 c.p.p. primo comma, per le impugnazioni della parte civile avverso le sentenze pronunciate in giudizio<sup>500</sup>.

Del resto, nell'ipotesi contraria, ci sarebbe uno stridente contrasto con la natura della sentenza conclusiva dell'udienza preliminare che non solo – come è ovvio – non decide nulla con riferimento all'azione civile, ma nemmeno produce un qualsivoglia effetto sull'esercizio di tale azione<sup>501</sup>.

Peraltro – come è stato giustamente notato – il primo orientamento sottovaluta i rischi dovuti ad una superfluità di giudizio: il rinvio ad un giudice d'appello priverebbe le parti – ed in particolar modo l'imputato – di un grado di giudizio, essendo l'udienza preliminare semplicemente una fase di natura processuale<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> Cass. pen., sez V, 26 giugno 2007, C. ed altri, in *C.E.D. Cass.*, n° 237715. Nel nuovo testo sono state eliminate le parole “con il mezzo previsto per il pubblico ministero” e “con lo stesso mezzo e negli stessi casi”. In questo modo nessuna norma prevede espressamente l'appello della parte civile, venendo così meno il controllo di merito a vantaggio di quello di legittimità.

<sup>501</sup> Cass. pen., sez. II, 12 giugno 2007, P. ed altro, in *C.E.D. Cass.*, n° 237300.

<sup>502</sup> Cass. pen., sez. IV, 19 aprile 2007, G.F.C.M.A.M., in *Guida al diritto*, 2007, f. 41, 81.

In definitiva la persona offesa costituita parte civile – che prima del 2006 poteva sollecitare il pubblico ministero ai sensi dell’art. 572 c.p.p. – può ora, finalmente e davvero, rivestire il ruolo di “attore penale”<sup>503</sup>.

Permangono, tuttavia, ancora diverse sfumature da chiarire. La novella che ha attinto il 428 c.p.p. esclude, ad esempio, il danneggiato dal reato, anche se costituito parte civile, proprio perché trattasi di una impugnazione rivolta alla tutela degli interessi penalistici della persona offesa. Mettendo così, ma solo all’apparenza, in discussione profili legati al principio dell’eguaglianza. In realtà la soluzione si evince dalla stessa chiara e reiterata distinzione tra le due figure all’interno del nostro codice di rito<sup>504</sup>.

### *1.5.. Dubbi di legittimità costituzionale*

Il Collegio della Sesta Sezione penale, tuttavia, nell’interessare della questione le Sezioni Unite<sup>505</sup>, non si limita ad una panoramica giurisprudenziale e ad una susseguente presa di posizione (conforme alla seconda interpretazione), peraltro condivisibile, cimentandosi anche in una critica ad entrambe le posizioni nel tentativo di una schiarita, divenuta oramai necessaria.

La prima interpretazione viene definita nettamente in contrasto con il principio di “ragionevolezza” previsto all’art. 3 della Costituzione, essendo incompatibile con la natura della decisione conclusiva dell’udienza preliminare, che non presenta effetti irrevocabili sul merito della controversia.

La seconda interpretazione viene anch’essa criticata in quanto provoca, sempre con riferimento all’art. 3 della Cost., discrasie con altre norme che compongono il sistema processuale: 576 c.p.p. primo comma e 112 della Cost. in particolare, rendendo, tra l’altro, “irragionevole” la voluta abrogazione del 577 c.p.p.<sup>506</sup>.

---

<sup>503</sup> Cass. pen., sez. V, 3 maggio 2007, p.c. in proc. Papaianni, in *C.E.D. Cass.*, n° 236250.

<sup>504</sup> Cfr. gli artt. 11, 36, 77, 404 e 652 c.p.p., nonché Cass. pen., sez V, 15 gennaio 2007, R.G.C.R.A.M., in *Riv. Cancellerie*, 2007, f. 3, 312.

<sup>505</sup> Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2008, p.c. in proc. D’Eramo, inedita.

<sup>506</sup> Su cui c’era già stato un giudizio di compatibilità espresso dalla Corte Costituzionale attraverso la sentenza 29 luglio 1992, n° 381, in “*Giust. Pen.*”, 1992, I, 257. Tuttavia non tutti concordano con l’inutilità della predetta abrogazione, considerando l’art. 577 c.p.p. una norma “eccentrica rispetto alle dinamiche del sistema”. Cfr. quanto scrive in proposito A. DE CARO,

## 1.6. Il canone della cosiddetta “ragionevolezza”

La soluzione considerata dalla Sesta Sezione penale, pur essendo – come detto – maggiormente condivisibile rispetto a quella del primo orientamento, sembra mostrare incertezze in termini di giustificazione del problema.

Il punto è che il richiamo all’articolo 3 della Costituzione – ai nostri occhi – pur essendo efficace e spendibile, non sembra assimilabile al canone della cosiddetta “ragionevolezza” che è, per converso, un parametro autonomo (permangono, tuttavia, dubbi sulla sua stessa esistenza<sup>507</sup>) e, per certi versi, ancora ambiguo.

Invero la “ragionevolezza” ha tante possibili significazioni. Forse troppe per offrire appoggi ad un nobile tentativo chiarificatorio.

Per alcuni svela un diverso – e non minore – grado di certezza<sup>508</sup>; per altri è una razionalità economica o strumentale scaturente da un compromesso<sup>509</sup>; per altri ancora individua una razionalità negativa che mira a criteri riconducibili

---

*Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in A. GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni*, Torino 2006, p. 6.

<sup>507</sup> Per alcuni Autori è proprio l’art. 3 della Cost. a fornire “una sorta di clausola generale di ragionevolezza” (così V. CRISAFULLI, in *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, p. 372); per altri il criterio della “ragionevolezza” si applica, invece, in virtù di altre e varie norme costituzionali “concernenti i diritti e i doveri dei cittadini” (così L. PALADIN, in *Discorso celebrativo del XX anniversario della Corte*, in “*Giur. cost.*”, 1986, I, p. 1203, nonché P. M. VIPIANO, in *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova 1993, p. 14 ss.). Vi è, poi, chi fa riferimento anche alla seconda parte della Costituzione e chi, infine, sottolinea il carattere di principio che può assumere ogni disposizione costituzionale. Così segnala J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pub.*, XII, Torino 1997, p. 347. Si veda, altresì, il pensiero di Cerri, secondo cui “... in alcuni casi possono acquisire rilevanza nel sindacato di ragionevolezza anche interessi non muniti di specifica copertura costituzionale”. Così A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. XXV, Roma 1994, p. 15 ss. .

<sup>508</sup> «Non è, in altri termini, *quella* razionalità e non consegue *quella* certezza, che è propria dei giudizi di fatto». Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 82 ss. .

<sup>509</sup> «Per Dworkin un’azione è ragionevole se il costo marginale della sua esecuzione è minore del pregiudizio che tale azione prevedibilmente arrecherà agli altri». Così segnala F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 83.



all'intersoggettività<sup>510</sup>; un quarto significato è rinvenibile nella filosofia politica di Rawls<sup>511</sup>; un quinto, infine (?), nel criterio di controllo della legificazione<sup>512</sup>.

Un criterio giurisprudenziale per tenere in discussione “la verità”<sup>513</sup>, certo. Ma “la verità” – lo dice anche il suo anagramma – non diventa forse “re-la-ti-va” senza aver prima individuato le basi e i necessari limiti?

Le incertezze si dipanano, del resto, a cominciare dal dato letterale, dalla confusione tra “ragionevolezza” (termine usato dai giudici costituzionali) e “razionalità” (termine usato dai giudici amministrativi)<sup>514</sup>.

La sua stessa definizione, una delle più recenti e autorevoli, non promette nulla in termini di certezza: un “metodo ermeneutico, flessibile e probabilistico”<sup>515</sup>.

Il concetto – ne siamo consapevoli – è “di gran moda”, soprattutto in questi ultimi tempi<sup>516</sup>, ma non persuade del tutto essendo, almeno a nostro avviso, ancora in bilico tra l'utile e il paradossale. Pur avvertendo oramai come oggettivamente tramontata l'idea di un modello giuspositivistico, inteso in senso tradizionale, e pur rinnegando ogni forma di assolutismo<sup>517</sup>. Sia chiaro, non c'è nessuna intenzione di eludere le evoluzioni storiche e giurisprudenziali, così come la dialettica ricerca della “ragion d'essere”, a patto, però, di motivare i risultati

---

<sup>510</sup> La ragionevolezza finisce, seguendo il pensiero di Alexy, «per essere qualitativamente superiore alla ragione», pur essendo i risultati meno certi di quelli della ragione (la cosa, a dire il vero, ci pare discutibile). Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 85.

<sup>511</sup> Che introduce la distinzione tra “razionalità” della condotta e “ragionevolezza” della medesima. Si veda, ancora, F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 85.

<sup>512</sup> Che comporta l'esigenza di una «ragionevole giustificazione» della decisione. Cfr. F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 87.

<sup>513</sup> J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in Dig. disc. pub., XII, Torino 1997, p. 343.

<sup>514</sup> Così segnala J. LUTHER, voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in Dig. disc. pub., XII, Torino 1997, p. 342.

<sup>515</sup> Così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 54.

<sup>516</sup> Non a caso il canone della “ragionevolezza” è stato già utilizzato sull'argomento dalla Corte Costituzionale nella sentenza n° 26 del 2007, cit., 295, e dalla stessa legge Pecorella, laddove si parla del necessario (e ambiguo) superamento del “ragionevole dubbio” che, secondo una massima della Cassazione (Cass. pen., sez. II, 7 giugno 2006, n° 19575, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, f. 2, 229), è solo un principio meramente descrittivo. Tuttavia, per una disamina meno scettica, si veda G. DACQUÍ, *Il principio dell'oltre ragionevole dubbio tra sapere e verità*, in <http://www.penale.it>.

<sup>517</sup> N. ABBAGNANO, voce *Ragionevolezza*, in *Dizionario di filosofia*, Torino 1971. Si veda, altresì, M. R. DONNARUMMA, *Un mito infranto: l'intangibilità de la loi. Il controllo della “ragionevolezza” delle leggi in Francia*, in *“Diritto e Società”*, Padova 2007, n. 4, pp. 519-581.

ottenuti *sempre* con criteri “controllabili” e “contestabili”<sup>518</sup>. E *questa* “ragionevolezza” non sembra offrire garanzie sufficienti in tal senso.

Detto altrimenti: il rischio è quello di cercare aiuto in concetti già traballanti o comunque non ancora perfettamente delineati da potersi atteggiare a custodi dei valori della tassatività e della certezza dei mezzi di gravame.

L’articolo 3 della nostra Carta costituzionale ha, più semplicemente, soltanto la necessità di non essere frainteso. E ciò per il possibile recupero di una fondazione razionale del suo principio<sup>519</sup>. Non sembra portare giovamento il chiamare in causa, tra le soluzioni, entità non meglio precisate, il cui utilizzo può condurre anche a risultati bizzarri.

Quello che deve prevalere in ordine alla comprensione del parametro dell’eguaglianza è il problema di come poter giustificare le differenze: se non è razionalmente giustificata una differenza di trattamento fra due casi, allora essi debbono venir trattati allo stesso modo<sup>520</sup>.

Alla luce di quanto detto non sembra, pertanto, possibile accogliere pienamente le scelte ermeneutiche considerate dalla pronuncia della Sesta Sezione: nebulose – ci sia concesso – nelle argomentazioni conclusive. A quale tipo di “ragionevolezza” ci si riferisce? E quale regola tangibile ci permetterà di difendere la “ragionevole” scelta operata?

Prima di chiamare in causa parametri non ancora definiti e/o compresi dalla *communis opinio* bisognerebbe, forse, recuperare, ai fini di una vera giustificazione condivisa, un utilizzo consapevole dell’articolo 12 delle “preleggi”, per evitare una pericolosa manipolazione da parte dei poteri culturali.

### 1.7. *La pronuncia delle Sezioni Unite*

Le Sezioni Unite, nel condividere le ragioni di ordine logico-giuridico del secondo e prevalente indirizzo interpretativo, hanno, *in primo luogo*, decisamente

---

<sup>518</sup> F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007, p. 82 ss. .

<sup>519</sup> Superando così la corrente di pensiero del «decisionismo», secondo cui i principi etici sono quelli dal “vuoto” contenuto (su tutti Kelsen). Cfr. P. FERRAGAMO, *Le formule dell’eguaglianza. Da Kelsen a Nagel*, Torino 2004, *passim*.

<sup>520</sup> Per una panoramica sul principio dell’eguaglianza e le sue possibili enunciazioni, si veda ancora P. FERRAGAMO, *Le formule dell’eguaglianza. Da Kelsen a Nagel*, Torino 2004, p. 77.

escluso ogni possibile effetto civile ricollegabile al mezzo di impugnazione *de quo*. Pertanto “il ricorso per cassazione della persona offesa costituita parte civile contro la sentenza di non luogo a procedere, emessa all’esito dell’udienza preliminare, è proposto, dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 46 del 2006 all’art. 428 c.p.p., esclusivamente agli effetti penali, sicché la Corte, in caso di annullamento con rinvio, dispone la trasmissione degli atti al tribunale cui appartiene il GUP che ha emesso la sentenza impugnata”<sup>521</sup>.

*In secondo luogo* hanno definito “certamente condivisibili” i rilievi critici della dottrina in ordine alla riforma, sottolineando, in particolare, un difetto di “coordinamento legislativo” a seguito del messaggio presidenziale di rinvio della legge alle Camere<sup>522</sup>.

Tuttavia i lati oscuri della riforma non sono sufficienti, per le Sezioni Unite, a sostenere i dubbi di compatibilità costituzionale sollevati dalla Sezione rimettente: la diffusa perplessità da parte della dottrina circa la coerenza sistematica della riforma non può comportare “automaticamente” un giudizio di difetto di “ragionevolezza”.

La novella legislativa è certamente disorganica, ma non “irragionevole”<sup>523</sup>.

Prima di avventurarsi in scelte discutibili, per i motivi di cui sopra, occorre uno sforzo ulteriore. Bisogna cioè cogliere le connessioni concettuali – proprio in virtù del criterio logico-sistematico contenuto nell’art. 12 delle “preleggi” – tra “la norma da applicare e le restanti norme, sia del sistema penale strettamente inteso, sia dell’intero ordinamento giuridico”<sup>524</sup>.

Considerando i profili sollevati con riferimento alla seconda (e prevalente) interpretazione, bisognerà, pertanto, valutare *tutte* le fonti, sia interne che, oramai, sovranazionali. E così appurare, con riferimento al primo comma dell’art. 576 c.p.p. (la presunta “irragionevole” limitazione ai soli effetti della responsabilità

---

<sup>521</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2008 n° 25695, p.c. in proc. D’Eramo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239702.

<sup>522</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2008 n° 25695, p.c. in proc. D’Eramo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239702.

<sup>523</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2008 n° 25695, p.c. in proc. D’Eramo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239702.

<sup>524</sup> G. FIANDACA e E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2001, p. 107 ss. .

civile per le impugnazioni della parte civile contro le sentenze pronunciate in giudizio) che, in realtà, si garantiscono una serie di privilegi alla persona offesa con riguardo al “danno criminale”, per una “sempre più marcata attenzione” verso i suoi diritti e interessi processuali<sup>525</sup>. Così come, con riferimento all’art 112 della Cost. (la presunta difficile compatibilità del parametro costituzionale con una disposizione che attribuisce alla parte civile poteri di tale ampiezza), va ricordato che l’azione penale privata è ammessa, purché abbia natura sussidiaria e non alternativa a quella del pubblico ministero<sup>526</sup>; e che l’impugnazione *de qua* presuppone il già avvenuto esercizio di tale azione da parte della pubblica accusa<sup>527</sup>.

Mentre fiumi d’inchiostro continueranno a scorrere sull’argomento, la speranza è che, sin d’ora, si capisca la necessità di far fare un passo indietro all’ideologia<sup>528</sup>

---

<sup>525</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2008 n° 25695, p.c. in proc. D’Eramo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239702.

<sup>526</sup> Come emerge dalla stessa *Relazione al decreto legislativo 28 agosto 2000 n. 274*, in *Guida al diritto*, 2000, n° 38, p. 53 ss., il sistema ha respinto l’opzione a favore di una vera e propria azione penale privata, e in luogo di essa ha sposato una soluzione di compromesso che non rinuncia al controllo sulla notizia da parte dell’organo pubblico di accusa (Aa.Vv., *D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51. Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*, in *Legisl. pen.*, 1998, 474; E. APRILE, *La competenza penale del giudice di pace*, Milano 2001, p. 98; F. BALDI, *Manuale del giudice di pace penale*, Milano 2001). In ugual senso, A. SCALFATI, *I modelli introduttivi del giudizio*, in Aa.Vv., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano 2000, p. 107, il quale parla di «condivisibile scelta di non affidare al solo privato l’innesto del processo». Parla di «soluzione di compromesso alquanto sfumata», C. QUAGLIERINI, *Il ricorso immediato al giudice da parte dell’offeso*, in Aa.Vv., A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova 2001, p. 246. A conferma, seppur con una differenziazione legata alle diverse fasi procedurali, cfr. F. VERGINE, *I rapporti tra l’azione penale del pubblico ministero e l’azione penale privata*, in *Il giudice di pace. Quaderni*, Milano 2007, p. 123 ss., secondo cui «appare plausibile ritenere che quella del privato non sia un’azione penale (quanto meno autosufficiente e completa di tutti i crismi che dovrebbero caratterizzarla) poiché inidonea, da sola, a provocare l’installazione del processo». Egli risolve, dunque, in termini di complementarietà il rapporto esistente tra l’azione privata e l’esercizio pubblico dell’azione penale: «Da un lato l’offeso potrà beneficiare del *soccorso* del pubblico ministero teso a superare i profili di inammissibilità legati ad una insufficiente descrizione dell’addebito; dall’altro, il magistrato accusatore *arriverà* a processo utilizzando l’iniziativa del privato, mondanosi dai più corposi adempimenti prescritti per l’*iter* ordinario». Rispetto all’intervento del pubblico ministero, dunque, la contestazione privata possiederebbe un contenuto meramente propositivo e non dispositivo, conservando il pubblico ministero l’esclusiva prerogativa nella elevazione dell’imputazione: così Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2005, Patti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 42; Cass. pen., sez. IV, 27 maggio 2004, Gatto, in *Riv. pen.*, 2005, 897.

<sup>527</sup> Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2008 n° 25695, p.c. in proc. D’Eramo, in *C.E.D. Cass.*, Rv. 239702.

<sup>528</sup> Per cogliere la struttura ideologica nella sua essenza, cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto. Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Milano 2006, p. 155 ss. .

politica ed al suo frettoloso decisionismo, lasciando più spazio al confronto tecnico-giuridico<sup>529</sup>.

Nel contempo ci si augura che la stessa “fretta ideologica” non influenzi l’operato dei giudicanti, a causa dell’odierna confusione, di alcuni, tra il “*dovere di ragionare*” e “*l’essere ragione*”<sup>530</sup>.

## 2. Seconda riflessione: «...bisogna riguardare la cosa come fatta» (suggerimenti nottetempo sul formalismo giuridico)

### 2.1. Il fatto

Caia, in data 25 novembre 2004, veniva colpita nel sonno con un corpo contundente al capo tale da cagionarle la frattura della teca cranica in zona parieto-occipitale sinistra.

Dopo essere entrata in stato di coma, moriva – senza mai tornare cosciente – il 23 gennaio 2006.

Sin dal giorno dopo l’avvenuta aggressione si era auto-accusato dell’omicidio Tizio, l’ex marito, con cui la vittima aveva da tempo rapporti estremamente conflittuali.

Poco dopo aver sottoscritto la confessione, però, aveva ritrattato, dichiarandosi estraneo ai fatti.

Nel frattempo iniziava il processo di primo grado e, il 15 febbraio 2007, Tizio veniva condannato, dal GUP del Tribunale, a venti anni di reclusione per omicidio volontario, di cui quattro da scontare in un istituto di cura<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> A. DE CARO, *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in A. GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni*, Torino 2006, p. 2.

<sup>530</sup> «È il pensiero che può ragionare: e può ragionare perché deve ragionare (...). Ragionare è il fine intrinseco del pensiero: quello che lo fa pensiero. Io debbo ragionare per lo stesso motivo per il quale ho da cercare se voglio trovare. Un essere che, per ipotesi, avesse senza cercare, non avrebbe né bisogno né dovere né occasione di ragionare: la sua forma di conoscenza sarebbe la diretta fruizione. Io, invece, debbo ragionare perché ho da cercare. *Dunque, non sono ragione, ma dovere di ragionare: che è altra cosa*» (corsivo redazionale). Così A. GUZZO, *L’io e la ragione*, Brescia 1946, p. 95.

<sup>531</sup> GUP Tribunale di Ferrara, n° 72, 15 febbraio 2007, inedita. Tuttavia il GUP, trattandosi di un giudizio abbreviato, incorreva in un errore di calcolo per la determinazione della pena.

Il 27 febbraio 2008, però, la Corte d'assise d'Appello lo mandava assolto dal reato ascrittogli per «non aver commesso il fatto» e veniva così rimesso in libertà<sup>532</sup>.

Il Procuratore Generale, pur avendo chiesto, nelle sue conclusioni, la conferma della sentenza di condanna, aveva finito per non ravvisare gli estremi previsti per proporre ricorso per Cassazione (vizi nell'applicazione di norme processuali o di diritti sostanziali, e nel percorrere l'*iter* logico che ha condotto a tale applicazione) facendo diventare la sentenza definitiva ai sensi di legge in data 28 maggio 2008.

Il 2 gennaio 2009 Tizio si presentava spontaneamente presso la questura della sua città e confessava, per la seconda volta, di aver ucciso l'ex moglie.

La confessione veniva messa a verbale, con l'ausilio di un legale d'ufficio. Tuttavia, valendo nel nostro sistema processuale penale il principio del *ne bis in idem*, Tizio non veniva trattenuto.

Invero l'istituto della revisione, previsto dall'articolo 629 del codice di procedura penale, è possibile solo qualora la persona *condannata* – e non assolta – presenti nuove prove per tentare di ottenere il proscioglimento dal reato per cui è stata punita.

Tizio, pertanto, attualmente rischia solo un'improbabile incriminazione per auto-calunnia.

Al di là dell'attendibilità del soggetto in questione e del merito della vicenda processuale (in cui non entreremo), il predetto caso giudiziario svela un rompicapo dalla difficile soluzione. Esprimibile attraverso la seguente domanda: il *formalismo giuridico* del quale è intriso il sistema del contraddittorio processuale penale (in particolare) è ancora in grado di garantire, in ogni caso, il fine della giustizia?

## 2.2 Il formalismo giuridico

Mario Jori, nella sua voce enciclopedica "*formalismo giuridico*", è riuscito a catalogare analiticamente i principali sensi delle diverse concezioni possibili

---

<sup>532</sup> Corte d'Assise d'Appello di Bologna, n° 6, 27 febbraio 2008, inedita.

dell'oggetto della propria indagine, per poi approdare – mediante una prospettiva pragmatica – ad una visione unitaria<sup>533</sup>.

Pur tenendo conto delle fisiologiche sfumature concettuali, va subito precisato che attraverso il caso *de quo* si intende semplicemente segnalare la necessità di preferire il valore dell'*esperienza*<sup>534</sup> rispetto al rigore del *formalismo giuridico*, qui genericamente inteso quale tendenza a riconoscere *eccessiva* importanza alla forma.

Essendo questa nostra idea – ed in maniera consapevole – non del tutto originale, è rimasta fino a ieri *dormiente*, quasi timida nell'apparire; ed ha ripreso vigore e coraggio soltanto dopo essere stata incentivata, come a volte accade, dal caso.

La nostra piccola fortuna si è così materializzata nelle pagine di un affascinante saggio di Enrico Opocher<sup>535</sup>, dove è possibile scoprire una “nuova” definizione – davvero preziosa – di *formalismo giuridico*: siamo nella prima stesura del romanzo di Alessandro Manzoni, *Fermo e Lucia*. Difficile restarne indifferenti e non solo perché parole composte da un non-giurista – peraltro apertamente scettico nei confronti del diritto – ma soprattutto per la *musica* delle stesse<sup>536</sup>, per come cioè vengono pensate e *pesate* singolarmente e, poi, incardinate, messe in successione. In una armonia autentica.

Manzoni riesce non solo a definire in maniera efficace il concetto in questione ma anche a denunciarne lucidamente i pericoli, facendo, al tempo stesso, emergere l'unica soluzione possibile ai casi limite.

E, il nostro, certamente lo è.

---

<sup>533</sup> M. JORI, sub voce *Formalismo giuridico*, in Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., vol. VIII, Torino 1992, p. 425 e ss. . Si veda, inoltre, A.E. CAMMARATA, sub voce *Formalismo giuridico*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XVII, Milano 1968, p. 1013 e ss. .

<sup>534</sup> Per cogliere il significato del concetto di *esperienza*, quale «problema della filosofia», si veda M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, Napoli 1987, pp. 61-78

<sup>535</sup> E. OPOCHER, “*Se a minacciare un curato c'è penale*”. *Il diritto ne “Promessi sposi”*, Milano 1985, p. 55 e ss. .

<sup>536</sup> Perché «l'eloquenza non è altro che un discorso musicale». Nella musica infatti «si celebra l'armonia e pure il diritto tende, come può, all'armonia». Così F. CARNELUTTI, *Vita da avvocato*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita da avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano 2006, pp. 27 e 62. Questo significa che «s'interpretano allo stesso modo una legge e uno spartito». F. CARNELUTTI, *Mio fratello Daniele*, in in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita da avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano 2006, p. 164.

Insomma, quello che sembrava allo stesso Manzoni un mero esercizio intellettuale (tant'è che la definizione fu soppressa nella versione definitiva de *I promessi sposi*) è, invece, pura poesia<sup>537</sup> giuridica, che sfora i confini romanzeschi, penetrando la realtà e i problemi mondani più difficili:

*«Nessuno ignora che le formalità sono state inventate dagli uomini per accertare la validità di un atto qualunque; assegnando anticipatamente i caratteri che quell'atto deve avere per essere un atto daddovero (sic!). Invenzione che mostra affè molto ingegno: invenzione utile, anzi necessaria, perché la più parte delle questioni che si fanno a questo mondo sono appunto per decidere se una cosa sia fatta o non fatta. Ma tutte le invenzioni dell'ingegno umano partecipando della sua debolezza non sono senza qualche inconveniente: e la formalità ne hanno due. Accade talvolta che dove gli uomini hanno deciso che una cosa non può esser realmente fatta che nei tali e tali modi, la cosa si fa realmente in modi tutti diversi e che non erano stati preveduti. In questo caso, la cosa non vale, anzi non è fatta. E non andate a farvi compatire da un sapiente col volergli dimostrare che la è fatta; egli lo sa quanto voi; ma sa qualche cosa di più, vede nella cosa stessa una distinzione profonda, vede e vi insegna che la cosa materialmente è fatta, legalmente non è. Dall'altra parte accade pure che, dopo essere stato dagli uomini predetto, deciso, statuito che, dove si trovino i tali e tali caratteri esiste certamente il tal fatto, si sono trovati altri uomini più accorti dei primi (cosa*

---

<sup>537</sup> *Pura* nel senso che la poesia – che non è semplicemente splendore del linguaggio figurato – diventa sentita, e quindi spendibile per la nostra esistenza, soltanto quando (e se) si mostra *credibile*. Soltanto quando, cioè, leggendola o ascoltandola, si impone, con la sua forza irresistibile, *la verità della realtà*. Che non solo possiamo capire attraverso le parole, ma quasi *toccare* attraverso l'esperienza.



*che pare impossibile eppure è vera) i quali hanno saputo far nascere tutti quei caratteri senza fare la cosa stessa. In questo secondo caso bisogna riguardare la cosa come fatta; e darebbe segno di mente ben leggera e non avvezza a riflettere, o di semplicità rustica affatto colui che, ostinandosi ad esaminare il merito, volesse dimostrare che la cosa non è. Guai se si desse retta a queste chiacchiere, non si finirebbe mai nulla, e si andrebbe a pericolo di turbare il bell'ordine che si ammira in questo mondo»<sup>538</sup>.*

Provando a schematizzare, si potrebbe dire che:

- A. La forma giuridica (*f.g.*) nasce con l'intento di stabilire, preliminarmente, una certa procedura (ad es. *p1*) volta a realizzare un certo obiettivo (ad es. *x*).

Pertanto:

Cosa "fatta" e "legale": *f.g.* (= *p1*) = *x*

e

Cosa "fatta" ma "non legale": *f.g.* (= *p2* o *p3* o *p4*...) = *x*

- B. Tuttavia in alcuni casi – a causa del mutare del tempo e delle circostanze – è possibile, utilizzando la stessa procedura (ad es. *p1*) prevista per una certo obiettivo (ad es. *x*), dar vita ad un qualcosa di diverso (ad es. *y*).

---

<sup>538</sup> E continua: «Ma questi caratteri, se non infallibili, sono stati almeno scelti dopo accurate osservazioni, senza passioni, né secondi fini, in tempi nei quali gli uomini fossero abbastanza esercitati nel riflettere su quello che vedevano per circostanziare i fatti che dovevano essere dopo di loro? Ah! qui è la questione; ma per trattarla con qualche fondamento converrebbe fare la storia del genere umano». Cfr. E. OPOCHER, "Se a minacciare un curato c'è penale". *Il diritto ne "Promessi sposi"*, Milano 1985, p. 56. Per un completo approfondimento del concetto in Opocher, si veda E. OPOCHER, *Processualità del diritto e formalismo: la giustizia del diritto*, in *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1993, pp. 307-315.

Pertanto:

$$f.g. (= pI) = y \text{ e non più o solo } x$$

Prendendo le mosse dal nostro caso giudiziario, diremo che il legislatore ha posto in essere l'attuale sistema processuale penale ( $pI$ ) con l'intento di "fare giustizia" ( $x$ ).

Pertanto:

La giustizia processuale penale è "fatta" e "legale":

$$\textit{solo se } f.g. (= pI) = x$$

E cosa succede allora quando il risultato è (anche o addirittura solo)  $y$ , ovvero – come nel nostro caso sembra – un qualcosa di *diverso* dalla giustizia ( $x$ )?

Ecco ritornare la nostra domanda iniziale: le odierne *formalità giuridiche* atte al raggiungimento della (a questo punto presunta) giustizia, all'accertamento della verità processuale<sup>539</sup>, sono ancora valide?

### 2.3 Prospettive

L'esame della realtà evidenzia l'indissolubile legame tra forma e sostanza<sup>540</sup>. Possiamo, cioè, avere la ragione oggettivamente dalla nostra, ma se non presenteremo la domanda entro i termini temporali previsti dalla legge, la stessa sarà considerata inammissibile: *dalla ragione al torto*<sup>541</sup>. Possiamo essere fermati dalla polizia stradale mentre percorriamo l'autostrada oltre i limiti di velocità

---

<sup>539</sup> Sul punto si rimanda alla lucida riflessione di F. COPPI, *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenuto all'inaugurazione della Scuola Forense di Perugia il 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>. In ordine al ruolo del giudice e alla sua crisi si rimanda alle condivisibili osservazioni di A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1987, pp. 183-201. Si veda, altresì, la differenza tra "verità" e "verosimile" in PLATONE, *Fedro*, 272 C-273 D, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, p. 577 e ss. .

<sup>540</sup> Per un esame del concetto di *pubblicità*, in quanto «principio insieme giuridico ed etico», si veda A. INCAMPO, *Sul dovere giuridico*, Bari 2006, pp. 133-154.

<sup>541</sup> Discutibile quindi – lo ripetiamo ancora una volta – la critica del concetto di formalismo giuridico recentemente avanzata dal Governo attraverso l'interpretazione autentica degli artt. 9 e 10 della Legge 17 febbraio 1968, n° 108 proposta con il recente Decreto Legge n° 29 del 5 marzo 2010 (in G.U., 6 marzo, n° 54), il cosiddetto "decreto salvaliste".

consentiti, ma se l'agente dimentica di porre la sua firma in calce al verbale di contestazione, lo stesso sarà impugnabile: *dal torto alla ragione*<sup>542</sup>.

La *forma* – nel diritto specialmente – è *sostanza*.

E, a volte, qualcosa di più.

Per alcuni molto di più: il dominio sulla forma sarebbe il dominio sul diritto<sup>543</sup>.

Ma la forma non dovrebbe nascere per dominare, bensì per *garantire*: informando (i destinatari) e conformando (l'agire degli operatori del diritto)<sup>544</sup>. Dà un *vestito* ad ogni cosa, perché la vuole *coprire* dall'incertezza. Perché la vuole difendere, e non annichilire.

Quando, invece, prevale al punto di annullare i contenuti, finendo per non dipendere dalla volontà di nessuno, genera situazioni paradossali e irreali: l'uomo diviene sottomesso alle sue stesse creazioni!<sup>545</sup>.

---

<sup>542</sup> Il verbale di contestazione deve necessariamente contenere una serie di *elementi formali*, come ad esempio: nome e cognome del presunto trasgressore; tipo di veicolo e la relativa targa; giorno e ora della violazione; luogo della violazione (strada, numero civico, chilometrica...); descrizione dell'infrazione e articolo di legge; indicazione degli agenti accertatori; importo della sanzione con indicazione della possibilità di adempiere al pagamento in misura ridotta; termini e modalità per l'impugnazione. Se la contestazione non è immediata, bisognerà che siano specificati i motivi che lo hanno impedito. Il verbale, inoltre, deve avere la firma di qualsiasi soggetto che faccia parte dell'ufficio contestatore (salvo che non risulti redatto con sistemi meccanizzati).

<sup>543</sup> La purezza della forma («Pura, poiché si slega dal contenuto, si rovescia in se stessa, e vive della sua intima funzionalità») sembra emergere chiaramente nelle procedure parlamentari. «Il diritto, che sembra tragicamente segnato dalla perdita di centro, si raccoglie intorno a un nuovo centro, che è la sua stessa capacità produttrice, il suo auto-generasi nella posizione di norme. La lotta fra partiti politici ha per premio la disponibilità di questa macchina, l'uso di questo formalismo, che converte in diritto tutto ciò che tocca». Così N. IRITI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007, pp. VII e 27. Si pensi all'*iter* di approvazione della recente riforma sanitaria in U.S.A.: il provvedimento era stato già approvato dalla Camera dei rappresentanti ma, all'esame del Senato, *vizi procedurali* (riguardanti le norme aggiuntive di finanziamento della riforma) avevano portato ad alcune piccole correzioni del testo. Tuttavia la Costituzione americana prevede che una legge sia approvata, alla Camera e al Senato, nella stessa lettura. Pertanto in caso di modifiche, anche lievi, ad un disegno di legge da parte di una delle Camere, anche l'altra deve ratificarle (cd "procedura di riconciliazione"). Nel caso specifico i repubblicani del Senato avevano individuato due emendamenti al nucleo centrale della riforma già trasformata in legge dal presidente Barack Obama. Il problema riguardava il cambiamento alla legge introdotto per evitare la riduzione dei finanziamenti *Pell* destinati agli studenti provenienti da nuclei familiari a bassa fascia di reddito. Un elemento che violava la norma secondo cui le leggi approvate con il "processo di riconciliazione" devono contenere solamente spese o introiti a livello federale. L'altro emendamento interessava l'esenzione alle tasse federali sul carburante per le unità mobili di mammografia, che faceva parimenti saltare il complesso ingranaggio legislativo dal punto di vista giuridico-formale.

<sup>544</sup> S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa 2009, p. 17.

<sup>545</sup> In ordine alla differenza tra «soggezione dalle cose» e «soggezione dagli uomini», si veda il pensiero di Rousseau in F. GENTILE, *Filosofia del Diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 80.

La questione, così posta, rischia di assumere i connotati tipici dell'ingiustizia, in special modo quando si entra prepotentemente nel campo dell'essere<sup>546</sup>. E ciò allontana ulteriormente l'uomo della strada dal diritto. E confonde, fino al balbettio, i suoi stessi operatori.

Nel caso giudiziario che vede coinvolto Tizio, appaiono diversi profili discutibili legati all'esito conclusivo: la legalità, così *geometricamente* intesa<sup>547</sup>, non può far altro che intrecciarsi – ed è un abbraccio mortale – al cieco formalismo.

L'interpretazione letterale del 629 c.p.p. (“condannato” e non “assolto”) non può bastare<sup>548</sup>. Per svelarne la debolezza logico-argomentativa basterebbe un semplice richiamo all'articolo 12 delle “preleggi”. Nel senso che è proprio l'interpretazione letterale dell'articolo che introduce, nel nostro ordinamento, il criterio letterale, ad informarci della necessità – quando interpretiamo una norma giuridica – di non fermarsi al «*significato proprio delle parole*»<sup>549</sup>. Perché – come avverte Pietro Perlingieri – la chiarezza non è un *prius* (il presupposto), ma è un *posterius* (il risultato) dell'interpretazione<sup>550</sup>.

Detto altrimenti: nell'esaminare il 629 c.p.p., occorrerebbe *meno* individualismo di origine illuminista e *più* società. Quest'ultima intesa, *filosoficamente*, come ricerca del *bene comune*.

Questo breve pensiero – come subito dichiarato – vuole semplicemente ricordare l'esistenza di un problema concreto, più che delineare una precisa

---

<sup>546</sup> F. CARNELUTTI, *Vita da avvocato*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita da avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano 2006, p. 32.

<sup>547</sup> F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli 2008, pp. 116.

<sup>548</sup> Invero «...negli ultimi anni si sta affermando, in modo lento ma progressivo, un processo normativo volto a delineare un ambito, sempre maggiore, di ammissibilità della revisione delle sentenze irrevocabili di proscioglimento (...). Basti pensare che alcune legislazioni straniere particolarmente significative per la nostra cultura giuridica, come quella tedesca, hanno consentito nel passato e consentono tuttora la revisione di sentenze assolutorie irrevocabili». Per un pregevole e completo approfondimento, si veda F. CALLARI, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano 2009, p. 268 e ss. .

<sup>549</sup> S. SAGNOTTI, in A. GAITO e M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino 2009, p. 1408.

<sup>550</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006, p. 579.

alternativa allo stesso<sup>551</sup>. Del resto il filosofo del diritto (che sa di *sapere*, ma anche e soprattutto di *non sapere* non può avere, come il dogmatico, sempre la pretesa di avanzare soluzioni certe (sulla cui “certezza”, peraltro, si potrebbe discutere a lungo). Il suo compito – ricordava Francesco Gentile – è, il più delle volte, «quello di proporre solo *suggestioni*»<sup>552</sup>.

Tuttavia questo modesto contributo non mira ad essere del tutto inutile, avendo l’ambizione di interessare ciò che può essere considerata – ai nostri occhi almeno – la *matrice* del problema.

Quello che, cioè, conta davvero per arrivare ad un approdo condivisibile è la scelta del *tipo di approccio* fra i tanti possibili: nel rapporto fra norme e giudizio, la validità non è conquista definitiva, ma il prodotto di una ricerca costante. Di una continua *aspirazione*.

Occorre allora ricordarlo, ancora e sempre.

Le cose dell’uomo, del resto, sono a lui accidentali. E *come* l’uomo sono soggette al divenire<sup>553</sup>.

È allora tornato il tempo di aprire le porte alla realtà e alle nuove verità, formali e sostanziali, in essa contenute: «...*bisogna riguardare la cosa come fatta*».

---

<sup>551</sup> Anche se l’intento, in effetti, è quello di aprire un dibattito sul punto. E, questo, è di gran lunga preferibile alla presunzione di chiuderlo.

<sup>552</sup> Così F. GENTILE, *Diritto naturale tra giustizia e giustificazione*, seminario tenuto presso la Scuola di dottorato in “Giurisprudenza” dell’Università degli Studi di Padova, in data 29 maggio 2009, inedito.

<sup>553</sup> «Tu sai bene come il capolavoro di un pittore sembri non avere mai fine, ma che in relazione a ciascuna immagine si può continuamente ritoccare e sfumare nelle tinte (...), al punto da non poter mai porre alla perfezione di un’opera un limite nel quale essa non abbia più possibilità di superare se stessa in fatto di bellezza e splendore (...). Poniamo che uno pensi di aver dipinto il quadro più bello del mondo, tale che col passare del tempo, anziché perdere in bellezza, ne acquisti; in tal caso dovrai anche riconoscere che, essendo egli mortale, se non è in grado di lasciare dopo di sé un successore capace di ritoccare l’opera nei punti in cui il tempo la rovina e di aggiungervi miglioramenti nelle parti rimaste incompiute per i limiti intrinseci della sua arte, allora il frutto della sua grande fatica avrà ben poca vita dinanzi a sé (...). Non credi che anche il legislatore dovrebbe avere queste intenzioni? Certo, in primo luogo dovrà fissare le sue leggi con la maggior cura possibile a un livello di sufficiente approssimazione. Ma poi, col trascorrere del tempo, dopo la verifica delle sue formulazioni teoriche nella realtà dei fatti, credimi, non ci sarà neppure un legislatore così pazzo da non riconoscere quanti sono i particolari che per forza di cose ha trascurato e che il suo successore dovrà ancora migliorare se si vuole che l’ordine costituzionale non vada deteriorandosi nella Città da lui fondata, ma anzi vada via via migliorando». Cfr. PLATONE, *Leggi*, VI 769 A-770D, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano 2008, p. 1577 e ss. .

### 3 Terza riflessione: Il delitto in Adriano Tilgher. Tra utilitarismo e moralismo

#### 3.1. Posizione del tema

La storia dell'Etica – secondo quanto scrive Adriano Tilgher<sup>554</sup> in un suo saggio giovanile, intitolato *Analisi dei concetti di delitto e di pena* – può rispecchiarsi, a causa delle fisiologiche turbolenze, nell'immagine di un duello antico quanto perpetuo: quello tra l'utilitarismo ed il moralismo<sup>555</sup>. Vittorie e sconfitte hanno esaltato ed avvelenato entrambi gli schieramenti, ma questa sovranità alternata non è riuscita a produrre risultati largamente condivisi. Piuttosto illusioni, fallimenti, polemiche sterili; soluzioni “ad orologeria” destinate, prima o poi, ad implodere, fino al confezionamento di una nuova, pur mortale, certezza. Tutto ciò ha finito per far riscoprire l'impossibilità dell'esistenza esclusiva di questo o di quello: ognuno aveva, ed ha, una forza fondante, a suo modo irresistibile. Nella fase utilitaria lo spirito pretende di

---

<sup>554</sup> Adriano Tilgher (Resina, 8 gennaio 1887 – Roma, 3 novembre 1941) è stato un personaggio poliedrico che ha rivestito un ruolo fondamentale nell'avanguardia culturale del novecento italiano: laureatosi a Napoli in Giurisprudenza nel 1909, con tesi in Filosofia del Diritto, si occupò di letteratura (cfr. *La filosofia di Leopardi*, Roma 1940) e di teatro (cfr. *Studi sul teatro contemporaneo*, Roma 1923). È stato anche uno dei primi scopritori di Luigi Pirandello, che con le sue opere ha rappresentato – a suo dire – il relativismo assoluto e il dramma dell'incomunicabilità degli spiriti. Cfr. *Voci del tempo. Profili di letterati e filosofi contemporanei*, Roma 1921; nonché *Relativisti contemporanei*, Roma 1921), di poesia dialettale napoletana (in cui intravedeva spiccate similitudini con quella del mondo greco classico. Cfr. *La poesia dialettale napoletana. 1880 - 1930*, Roma 1930), di estetica (cfr. *Arte, Conoscenza e Realtà*, Torino 1911 e *Estetica. Teoria generale dell'attività artistica*, Roma 1931), di politica (fu uno dei firmatari del *Manifesto degli intellettuali antifascisti*, redatto da Benedetto Croce e pubblicato su “Il Mondo”, l'1 maggio 1925. Cfr., altresì, il suo famoso pamphlet intitolato *Lo spaccio del bestione trionfante. Stroncatura di Giovanni Gentile. Un libro per filosofi e non filosofi*, Torino 1925 e l'opera postuma *Diario politico 1937-1941*, Roma 1946), nonché delle tematiche classiche della Filosofia del Diritto (diritto positivo e diritto naturale, diritto e forza, diritto e interesse. Cfr. *Le antinomie della Filosofia del Diritto*, in *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*, Torino 1928), scrivendo anche sui più importanti quotidiani dell'epoca (“Il Mondo”, “La Stampa”, “Il Resto del Carlino”...). Per una pregevole e completa panoramica sul suo pensiero, si veda G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano 1992, pp. XV-324; nonché, dello stesso Autore, *Introduzione a Adriano Tilgher. L'idealismo critico e l'uomo integrale del XX secolo*, Milano 1990, pp. IX-314; *Adriano Tilgher. Un pensatore liberale*, Roma 2000, pp. 7-299.

<sup>555</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, pp. 107-110.

affermare la *propria* individualità; in quella morale, invece, *tutte*<sup>556</sup>. Il primo è momento impulsivo, antecedente, non immorale ma «amorale»<sup>557</sup>; il secondo, pur essendo anch'esso determinato e particolare, trascende l'individuo che lo vuole, riuscendo a cogliere – nel medesimo tempo – la volontà dell'Universo<sup>558</sup>.

Detto altrimenti: stimolato soltanto dal piacere, l'uomo utilitario decide di soddisfare la sua bruta esistenza accontentandosi dei *suoi* appetiti, del *suo* cieco impulso, dei *suoi* desideri cangianti ed instabili, finendo, in tal modo, per confondere la spontaneità con la «vera ed assoluta libertà»<sup>559</sup>. La volontà buona, per converso, che ha ad oggetto il dover essere, il «puro volere», non cerca premi all'esterno, ben sapendo che soltanto dal di dentro è possibile reperire e far emergere l'accordo di *sé con sé*<sup>560</sup>. Il «puro volere», che si edifica sull'esperienza, mattone su mattone, genera progresso<sup>561</sup>. In una risoluzione continua e infinita. E che considera il male come possibile<sup>562</sup>.

L'Etica, con questa sua sfiancante dicotomia, abbraccia ogni cosa. E non potrebbe essere altrimenti visto che – fa notare Tilgher – tutto dipende da un atto di volontà: l'umano volere non è né puro dover essere né semplice tendenza, ma opposizione dialettica tra queste due categorie, su cui va operata una scelta. Questa attività consentirebbe – il condizionale è, sin d'ora, d'obbligo – una sistemazione logica capace di dedurre ogni cosa, diritto compreso: lo spirito, deducendo “filosoficamente” il diritto da sé, genera identificazione – e non pura

---

<sup>556</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 109.

<sup>557</sup> «Lo spirito meramente utilitario è piuttosto amorale, in quanto che in esso la coscienza morale non ha proiettato ancora nessun raggio della sua luce (...)». Così A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 108.

<sup>558</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 109.

<sup>559</sup> A. TILGHER, *Etica e Gnoseologia*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, pp. 40 e 43.

<sup>560</sup> A. TILGHER, *Etica e Gnoseologia*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 39 e ss. .

<sup>561</sup> A. TILGHER, *Etica e Gnoseologia*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 46 e ss. .

<sup>562</sup> A. NEGRI, *Tilgher 1987. Civiltà del lavoro e visione moderna della vita*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano 1992, p. 31.

identità, essendo «sintesi di diversi o di distinti»<sup>563</sup> – tra soggetto e oggetto conosciuto, dando vita, in tal modo, ad un prodotto assolutamente certo e vero.

Considerando in maniera esclusiva il concetto di delitto<sup>564</sup> cercheremo, pertanto, di indagare alcune teorie descritte dal Tilgher, sulla sua esistenza e manifestazione, provando così a saggiare l'essenza e la coerenza del suo pensiero.

Infine il *perché* di questa scelta, che è meglio dichiarare subito al fine di una corretta comprensione dell'autentico intento di queste poche pagine: tornare a parlare della natura del delitto significa voler riaffermare l'irrinunciabile bisogno di capire, oggi specialmente, le ragioni che sorreggono e giustificano ciò che *non* ci è concesso. Anzi, di più: consente di cogliere la fallacia di alcuni pericolosi assolutismi dei nostri giorni, secondo cui la condizione umana, per ritrovare la sua pienezza, deve essere capace di affrancarsi da *ogni* condizione; così raggiungendo la felicità, intesa come un fine reale e comune a tutti gli uomini<sup>565</sup>, e sulla quale ci promettiamo di ritornare in un prossimo studio. Tutto questo quando, invece, l'autonomia continua ad avere ragione di esistere solo in quanto dipendenza<sup>566</sup>.

### 3.2. La definizione giuridica

Secondo una prima impostazione, che possiamo considerare *giuridica* – essendo largamente condivisa dai giuristi, come Pessina o Impallomeni –, il

---

<sup>563</sup> A. NEGRI, *Adriano Tilgher: "Pragmatismo trascendentale" e filosofia del lavoro*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*. Milano 1992, pp. 84 e 93.

<sup>564</sup> Per una primissima, ma necessaria, analisi terminologica del sostantivo *delictum*, si veda S. PUGLIATTI, sub voce *Delitto (premessa)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano 1964, pp. 1-3.

<sup>565</sup> In verità: «Ciò che è realmente universale nel desiderio e nella ricerca della felicità (nel senso comune della parola) è il desiderio *da parte di ciascuno della propria felicità personale*. Ma poiché le felicità personali non coincidono fra loro, se non accidentalmente e comunque mai del tutto, non sono necessariamente reciprocabili (la felicità che uno desidera per sé non è, per ciò stesso, desiderabile in proprio da un altro); anzi sono, per lo più, incompatibili. Quindi il raggiungimento della felicità potrà anche risultare – a parte ogni altra considerazione – necessario all'*esistenza individuale* e quindi giustificare *soggettivamente* la scelta d'un determinato comportamento. Ma il raggiungimento della felicità personale non risulta condizione necessaria dell'esserci della *coesistenza umana (...)*». Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, pp. 112 e 113.

<sup>566</sup> Molto interessante, sul punto, l'approfondimento di Alessio Musio che, partendo dalla tematica kantiana dell'autonomia, si sofferma sul problema della tecnologia genetica e del suo attuale potere. La tanto ammirata «vita attiva dell'uomo» – scrive – «è realizzazione della libertà e nello stesso tempo sospensione, se non mortificazione». Cfr. A. MUSIO, *Autonomia come dipendenza: l'Io legislatore*, Milano 2006, p. 251.



delitto è «*ciò che costituisce violazione delle leggi positive*»<sup>567</sup>. Questa definizione – fa notare Adriano Tilgher – presenta almeno due problemi, che ci pare possibile schematizzare attraverso i seguenti punti:

- A. Le leggi positive non possono essere *soltanto* quelle poste e imposte dallo Stato, dovendosi considerare *anche* quelle appartenenti alla Chiesa, alla massoneria, ai circoli di gioco, alla mano nera e via dicendo<sup>568</sup>.
- B. Visto che il delitto può anche definirsi, secondo questo primo orientamento, come la *negazione del diritto*, occorrerebbe intendersi sul significato di «diritto in sé». Così come bisognerebbe capire il criterio che viene utilizzato dal legislatore per individuare l'esistenza di un delitto nel momento in cui emana una legge, non potendo essere quello della loro violazione (in quanto non ancora emanate)<sup>569</sup>.

La definizione giuridica di delitto – conclude il Nostro – non ha valore filosofico, bensì semplicemente pratico-formale e, dunque, risulta spendibile solo per i giudici e per gli avvocati<sup>570</sup>.

Stando così le cose, si avverte la necessità di proporre alcune brevi osservazioni critiche: anzitutto, con riferimento al primo punto (A), ci risulta difficile da accettare questa originale quanto solitaria idea di diritto positivo, come comprendente *ogni* regola, di *ogni* forma di associazione. Anche perché il Tilgher

---

<sup>567</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 110.

<sup>568</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, pp. 110 e 111. Questa posizione fu confermata (e – a nostro giudizio – complicata) anche successivamente. Nel saggio *Deduzione della legge e del diritto*, in *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*, Torino 1928, p. 176, ad esempio, scrive: «...è diritto *solo* quello che lo spirito sente attualmente ed effettivamente come tale, come volizione della legge, come volizione del voluto: ogni diritto, quindi, è positivo. Positivo non già nel senso che sia diritto solo quello riconosciuto dallo Stato, che al diritto dello Stato qualunque altra società può opporre un suo diritto, che, pei componenti di quella società, è diritto e positivo anch'esso, ma nel senso che è diritto solo quello che lo spirito effettivamente ed attualmente sperimenta, afferma, pone come tale.» (corsivo redazionale).

<sup>569</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 111.

<sup>570</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 111.

non spiega in maniera nitida a chi spetti il primato, in caso di contrasto: la tassa dello Stato o il “pizzo” della mafia, a chi e perché<sup>571</sup> bisognerà pagare? E se, per assurdo, anche quest’ultimo è diritto, cosa non lo è allora? Distinguere tra «ordine giuridico» e «ordine normativo», ci sembra l’unico “compromesso” possibile: il primo interessa soltanto i rapporti che vengono disciplinati dal diritto, mentre il secondo riguarda quelle norme poste a tutela di interessi particolari e privati. Ciò significa che «il mero fatto dell’esistenza delle norme non appare elemento qualificativo sufficiente della giuridicità»<sup>572</sup>.

Inoltre, con riferimento al secondo punto (B), vero è che bisognerebbe intendersi sul concetto di diritto – che per noi rimane tutto ciò che *non è vietato*<sup>573</sup> –, ma parimenti vero è che risulta piuttosto difficile farlo attraverso lo scenario, così disorganico, proposto dal Tilgher. Ci pare a dir poco incomprensibile – meglio ripeterlo ancora una volta – la volontà di definire “diritto” le regole di un circolo di gioco o di un partito politico; e portatrice di ulteriori difficoltà, vista la già innegabile *frantumazione* dei nostri giorni<sup>574</sup>. Se è vero – come è vero – che il diritto ha bisogno di un certo grado di imposizione per raggiungere i suoi scopi, questo non significa affatto che ogni imposizione debba essere necessariamente considerata un diritto, essendo – a nostro avviso – ancora indispensabile la distinzione tra *vigenza* e *validità*, vale a dire tra l’ «esistenza di fatto degli imperativi» e l’ «esistenza di diritto di essi»<sup>575</sup>.

---

<sup>571</sup> L’obbligatorietà di un ordinamento giuridico non si può provare con la sola effettività, come se fosse la possibilità di camminare, che «si prova camminando». Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 44.

<sup>572</sup> Così S. COTTA, sub voce *Diritto naturale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano 1964, p. 648.

<sup>573</sup> A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*. Bari 2005, p. 277.

<sup>574</sup> Per quanto concerne gli odierni rapporti tra diritto e globalizzazione, cfr. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998; nonché, dello stesso Autore, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari 2001; *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007; *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli 2007; *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Roma-Bari 2008 (dove, tuttavia, si identificano – e a nostro giudizio in maniera errata – filosofia ed ideologia). Per una diversa concezione dell’uomo contemporaneo e della cosiddetta “civiltà tecnologica”, si veda F. GENTILE, *Sergio Cotta*, in “L’Ircocervo”, n° 1, 2009, pp. 1-7, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>.

<sup>575</sup> Così S. COTTA, sub voce *Diritto naturale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano 1964, p. 648.

Peraltro qui si confondono due aspetti distinti: quello della formazione, dove si stabilisce un enunciato deontico (prescrittivo-sanzionatorio) scegliendo – fra i tanti possibili – un valore da tutelare; e quello dell’applicazione dove, invece, si *ri-conosce*, mediante differenza, quello che già c’è; o si introduce, mediante nuova e diversa giustificazione, quello che potrebbe essere la nuova e diversa vita di una norma giuridica<sup>576</sup>. Questo per dire che il legislatore non ha certamente lo stesso metodo e non potrebbe essere altrimenti, essendo il suo compito differente, nella forma e nella sostanza, da quello della dottrina *in primis* e dei giudicanti specialmente<sup>577</sup>.

I due ambiti, come se non bastasse, sono ulteriormente divisibili in due momenti, dove il diritto penale rappresenta la sfera *patologica*<sup>578</sup>.

Infine è inaccettabile – almeno per quella che è la nostra concezione della Filosofia del Diritto<sup>579</sup> – questa netta distinzione tra il filosofare ed il sapere pratico<sup>580</sup>. L’amore (*filia*) per il sapere (*sophia*)<sup>581</sup> non è «sciupio di energie», né volontà di rallentare o confondere<sup>582</sup>; piuttosto va inteso come un’

---

<sup>576</sup> La norma giuridica, pertanto, può considerarsi un plesso «*triadico*, composto dai seguenti elementi: enunciato deontico, giustificazione, interpretazione». Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 10 (corsivo redazionale).

<sup>577</sup> Questi due diversi ambiti, a ben vedere, sono implicitamente riconosciuti dallo stesso Tilgher, proprio quando si interroga sulle differenze tra delitto e diritto. Cfr. A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 111.

<sup>578</sup> Scrive Aldo Moro: «...il diritto penale – possiamo dire con una frase non scientificamente esatta ma che credo possa farvi cogliere la verità del fenomeno – (...) non è *la fisiologia del diritto*, ma è *la patologia del diritto*. Quindi il caso della vita sociale da regolare richiede, normalmente, giustizia, richiede, normalmente, l’applicazione di un principio regolatore comunque desunto; ma il caso della vita al quale si vorrebbe attribuire un significato giuridico-penale al di fuori dalla norma che lo prevede, non domanda affatto di essere comunque regolato». Cfr. A. MORO, *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*. Bari 2005, p. 303.

<sup>579</sup> Cfr., su tutti, E. OPOCHER, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova 1993, pp. 3-23.

<sup>580</sup> Ci sembra, in particolare, troppo ambigua questa presunta distinzione tra «comprendere il diritto» (sarebbe solo questo, per Tilgher, il compito della Filosofia del Diritto) e «farlo». Cfr. A. TILGHER, *Deduzione della legge e del diritto*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*, Torino 1928, p. 156. Anche perché la sua concezione “filosofica” di diritto positivo ci sembra raggiungere l’obiettivo esattamente contrario: il diritto positivo è quello *che si fa* (per Tilgher anche individualmente), in quanto “si sente” come tale.

<sup>581</sup> Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 141.

<sup>582</sup> Come vorrebbe farci credere Manzini. Cfr. V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. I, Torino 1961, p. 2 nonché pp. 7-12.

«aspirazione»<sup>583</sup> che, considerando l'*autentica* esperienza, funge da collante proprio tra la teoria e la prassi, essendo prodotta, puramente e semplicemente, dalla realtà: *filosoficamente* intesa<sup>584</sup>.

### 3.3. La definizione utilitaria

Ci sono poi alcuni autori, come Bentham, che preferiscono una definizione *utilitaria*, secondo cui il delitto è «ogni atto contrario all'utile della società»<sup>585</sup>. Tilgher fa un esempio<sup>586</sup>: consideriamo una società di uomini meramente utilitari, con determinate regole create per assicurare alla stessa certi vantaggi. Ad un dato momento si decide che bisogna svaligiare una carovana di viaggiatori, ma un solo consociato – che chiameremo Tizio – si ribella per un risveglio morale. Risultato: per la società la mancata partecipazione di Tizio è un delitto. Per Tizio è, per converso, delitto quello che hanno deciso di fare i suoi compagni. Ciò significa – nota il Tilgher – che la definizione utilitaria del delitto non ci dà alcuna spiegazione, applicandosi *solo* per quelle azioni che ripugna la coscienza meramente utilitaria e non anche per quelle rinnegate dalla coscienza morale<sup>587</sup>.

---

<sup>583</sup> F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, Napoli 2008, p. 33.

<sup>584</sup> Ovvero come quella che rinnega ogni protocollo convenzionale e che nulla vuole escludere dal «domandare tutto». Cioè a dire, anche e soprattutto, la realtà delle aule di giustizia! Anche quella praticità che Tilgher declassa a “comodità”! Cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 141; nonché, dello stesso Autore (e per un completo approfondimento sul tema), *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Milano 1984, pp. 3-242.

<sup>585</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 111.

<sup>586</sup> Anche se, poi, finisce per trasformarsi in una *ipotesi*, che viene cambiata a seconda delle esigenze operative finendo così per far *precipitare* (direbbe Tilgher) il suo pensiero nella cosiddetta “geometria legale”. A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 115. Sulla nozione di “geometria legale”, cfr. F. GENTILE, *Filosofia del Diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006, p. 23 e ss. . Il sapere filosofico, invece, «non è e non può essere il sapere esaustivo di chi, avendo posta una ipotesi, ne ricava scientificamente tutte le conseguenze che vi fossero contenute, bensì è il sapere inesauribile di una certezza anipotetica la quale trova nella sempre nuova varietà dell'esperienza sempre nuovi temi di verifica». Così M. GENTILE, *Trattato di Filosofia*, Napoli 1987, p. 230. A tal proposito non va dimenticato che l'*ipotesi*, in quanto tale, rimane, sempre e comunque, indimostrata ed indimostrabile. È il caso, quindi, di prestare la massima attenzione sul punto, poiché «il convenzionalismo è come una nebbia, che offusca la verità della vita». Così A. CRISCUOLO, *Bugie e pregiudizi*, Taranto 1896, p. 18.

<sup>587</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 112 e 113.

Occorre, a tal proposito, far emergere due annotazioni esplicative rinvenibili nel testo:

- A. Per società qui si intende, ed in maniera esplicita, qualsiasi gruppo di uomini, anche quelli con fini criminosi<sup>588</sup>.
- B. Il punto di vista filosofico non deve mirare – si precisa – alla *quantità*, bensì alla *qualità*. Non dobbiamo considerare, pertanto, come delitto solo ciò che è contrario all’utile della società, ma anche ciò che mina l’utilità di un singolo individuo<sup>589</sup>.

Tuttavia, anche in questo caso, occorre intendersi: in ordine al primo punto (A), ci sembra insostenibile anche il solo utilizzo del comune termine “società” per descrivere organizzazioni dalla natura così diversa<sup>590</sup>. Al di là dello Stato<sup>591</sup>, ci sembra piuttosto claudicante il voler far convivere sotto lo stesso significato la Chiesa e la mano nera. Specialmente se si evince – la cosa ci pare innegabile – una netta *contrarietà* di posizioni: la prima afferma (“porgi l’altra guancia”) ciò che l’altra nega. Similitudini formali – secondo cui, ad esempio, potrebbe trattarsi soltanto della volontà di uno contro quella di un altro – non possono cambiare il contenuto, specialmente per lo sguardo attento di un filosofo; anche perché – come appena ricordato – è stato lo stesso Tilgher a criticare il formalismo (giuridico) della prima definizione.

Ed ancora. Il secondo punto (B) ci sembra in palese contrasto con il primo. Invero Tilgher considera, da una parte, ogni società ma, dall’altra, afferma che può essere delitto ogni lesione ad una pretesa utilità individualista, facendo, in tal

---

<sup>588</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 112.

<sup>589</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p.112.

<sup>590</sup> Vi è di più: la nozione “società” sembra, in questo modo, trasformarsi in un mero sinonimo della nozione di “associazione”, confondendo realtà distinte e, di riflesso, il diritto (il potere di esigere che un altro soggetto si attivi affinché il proprio interesse possa essere realizzato) con la libertà (che impone agli altri consociati di non interferire nelle proprie scelte soggettive).

<sup>591</sup> Che comunque lo stesso Tilgher, in un certo senso contraddicendosi, considera una forma di associazione «speciale». Cfr. A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 110.

modo, venire meno le stesse fragili fondamenta delle *sue* società, vere o presunte tali.

Peraltro il Tilgher presenta l'utilità necessariamente come un male, cosicché l'antinomia fra utile e morale si trasforma sempre in quella fra male e bene: posizione ideologica e, pertanto, censurabile. Piuttosto si potrebbe intendere *ciò che serve* come occasione di convivenza, come elogio del suo riconoscimento.

Non solo. Tra due termini diversi (la rapina voluta dalla maggioranza della comunità Vs il risveglio morale di Tizio) la scelta del lettore potrebbe risultare più facile, ma cosa si deve preferire tra due termini simili? Proviamo a spiegarci meglio complicando l'esempio precedente: Tizio cambia idea e decide di aderire al progetto criminoso. Si convince della necessità di quell'atto, anche se propone qualcosa di diverso. Invece di assalire dei viaggiatori, rapinare la banca di una vicina comunità. Tra due possibili tipi di male (la rapina ai viaggiatori e quella alla banca) cosa scegliere? Ciò che è più utile, si risponderà. Già, ma in base a quale criterio visto che il Tilgher, "filosoficamente", non considera quello della maggioranza? Dal punto di vista qualitativo, senza avere – come in questo caso – alcuna indicazione di merito, la questione non può che complicarsi: certamente nella banca ci sono più soldi rispetto a quelli custoditi nelle tasche dei viaggiatori, ma anche più rischi. Cosa e perché deve prevalere?

### 3.4. *La definizione morale*

Secondo una terza definizione – che chiama in causa il criminologo Garofalo – il delitto è «*ciò che è contrario alla coscienza morale*»<sup>592</sup>. Pur essendo vero che certe azioni, come ad esempio l'omicidio, sono atti largamente ripudiati, non sembra possibile identificare – scrive Tilgher – la nozione di delitto con ciò che la coscienza morale respinge. Anche in questo caso diventa inconciliabile l'antinomia tra i ladri convinti ed il ladro pentito, valendo questa definizione solo per quest'ultimo e dunque, ancora una volta, solo per una metà.

---

<sup>592</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 113.

Il rapporto tra diritto e morale, continua a lumeggiare inconvenienti evidentemente mai risolti. Uno su tutti: di solito chi segue la *sua* coscienza morale pretende, magari in maniera inconsapevole, di posizionare il *suo* pensiero nell'Olimpo dei *più giusti*. Il che – sia chiaro – può anche essere. Tuttavia, per una maggiore “sicurezza”, è preferibile intendere per morale solo ciò che viene *condiviso* e poi, proprio per questo, regolamentato<sup>593</sup>. Si tratta allora di far attenzione a non confondere le scelte personali – che riguardano la sfera soggettiva in maniera esclusiva – con la *coesistenza*, «che è la condizione ontologicamente intrascendibile dell'esser-uomo»<sup>594</sup>. Distinzione che, tra le altre cose, riconnette a quella che intercorre tra individuo e cittadino. E ciò non significa, semplicisticamente, cedere alla volontà della maggioranza<sup>595</sup>; o che la condivisione, ancor peggio, generi sempre e comunque verità<sup>596</sup>. Nel senso che una volta raggiunto un certo risultato, questo non potrà atteggiarsi ad immortale ed immutabile. Tutt'altro: vivrà sempre in bilico, sotto costante osservazione, a causa dell'*autentica* esperienza e del suo incessante *fluire*<sup>597</sup>. Ed è proprio questa la migliore garanzia.

Probabilmente sarà sempre ripudiato dalla nostra coscienza morale l'uccisione di un uomo, ma potrebbero cambiare, ad un dato momento, le modalità previste per inquadrare la “fattispecie omicidio”, con un ampliamento, ad esempio, delle

---

<sup>593</sup> Invece, per Tilgher, l'uomo è un «*caos morale*», per cui «ogni delimitazione non sarebbe che una precostituzione astratta e arbitraria della sua natura». Così G. CALABRÓ, *Adriano Tilgher moralista*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano 1992, p. 24.

<sup>594</sup> Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 26.

<sup>595</sup> La pensa diversamente Natalino Irti, secondo cui «i valori condivisi' sono un auto-inganno: promettono l'assoluto e offrono l'eminamente relativo; muta la maggioranza dividente', mutano i valori. Valori sono i valori dei più': i meno' non hanno valori». Così N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari 2008, pp. 49 e 50.

<sup>596</sup> «Ciò significa che tanto chi enuncia o promulga una norma, quanto il destinatario di questa agiscono sul piano della possibilità e non sono *determinati* né il primo a darle questo o quel contenuto, né il secondo ad accettarla così com'è stata enunciata». Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 19.

<sup>597</sup> «Nel fiume d'acqua ogni goccia ha una natura determinata e che non potrebbe essere diversa, anzi è tale che se ne può fare con matematica esattezza il calcolo; ma per il fatto stesso di unirsi alle altre e di unirsi in quel particolare modo che è il *fluire*, genera l'impressione opposta, non della certezza e della stabilità, bensì di un dinamismo, a cui non si può fissare misura; così il complesso delle conoscenze particolari e sensibili, pur avendo avuto e pur continuando ad avere ciascuna di queste, nella sua puntualità, una certezza immediatamente verificabile, assume il carattere opposto di una sempre nuova mutevolezza, cioè della problematicità». Così M. GENTILE, *Trattato di Filosofia*, Napoli 1987, p. 112 (corsivo redazionale).

scriminanti legate alla legittima difesa. Escludere *a priori* possibili rivisitazioni (anche radicali) non ha alcun senso, se non quello di cullare, peraltro inutilmente, le illusioni e/o arroccarsi sulle proprie preferenze ideologiche: tutto quello che sarà potrà nascere e poi, a sua volta, fecondare i mutamenti solo se prodotto da una «realtà relazionale»<sup>598</sup>.

In conclusione, quella descritta dal Tilgher non è, almeno ai nostri occhi, vera morale, proprio perché non preventivamente discussa e, quindi, assolutamente non condivisa. È egoismo travestito da morale. Ovvero è sì morale, ma presuntuosa e, pertanto, non autentica. La morale deve accettare il confronto, se davvero ambisce ad una dimensione sociale. Deve saper ascoltare, imparare a non sentirsi eterna. Semplicemente perché, come ogni altra cosa *dell'uomo*, non lo è. Deve essere libera da ogni dogma o protocollo convenzionale, poiché l'etica come scienza è impossibile.

### 3.5. La definizione eclettica

Vi è, infine, una quarta definizione, chiamata mista o *eclettica*, secondo cui è delitto «ogni atto contrario in pari tempo alla coscienza morale e all'utile»<sup>599</sup>. Impossibile conciliare – a detta del Tilgher – elementi così diversi, anche perché – riproponendo il solito esempio – per Tizio la rapina ai viaggiatori è un delitto solo in quanto atto contrario alla sua coscienza morale, «ch'è per lui, in quel momento, l'utile ed il solo utile». Per i ladri convinti, invece, è il rifiuto di Tizio ad essere delitto in quanto contrario alla loro coscienza utilitaria, «avendoli noi supposti affatto privi di coscienza morale»<sup>600</sup>.

Il problema è tutto qui: nell'aver «*supposto*» un qualcosa di inesistente. Invero anche l'uomo utilitario, in quanto uomo, non può essere totalmente privo del desiderio di moralità. Così come, rovesciando la questione, la coscienza morale

---

<sup>598</sup> G. CARUSO, *La tutela penale della «dignità umana»: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, in "L'Ircocervo", n° 1, 2005, pp. 1-30, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>.

<sup>599</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 115.

<sup>600</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 115.



non può essere, *ipoteticamente*, immune all'utile. Solo per questo motivo, la presunta descritta incompatibilità tra le due categorie in questione dovrebbe vacillare sotto i colpi della realtà.

Ricapitolando: nessuna delle precedenti definizioni, per Tilgher, è completamente spendibile. La prima («ciò che costituisce violazione delle leggi positive») è *solo* formale; la seconda («ogni atto contrario all'utile della società») è valida *solo* per metà; la terza («ciò che è contrario alla coscienza morale») *solo* per l'*altra* metà; quest'ultima («ogni atto contrario in pari tempo alla coscienza morale e all'utile»), poi, tenta di unire, scioccamente, elementi «opposti e cozzanti fra loro»<sup>601</sup>.

Ebbene, in ordine a questa quarta definizione, ci sembra sufficiente rimandare ad alcune precedenti osservazioni:

A. L'utilità non può essere, ideologicamente, sempre vista come il male.

B. La morale, per essere autentica, ha bisogno del confronto dialettico.

Considerando le predette varianti, la definizione eclettica finisce per assumere una spendibilità che merita di essere presa in considerazione, essendo fattibile l'identificazione, anche se eventuale, di ciò che è morale con ciò che è utile.

### 3.6. *La soluzione proposta dal Tilgher: delitto come repugnanza*

La parzialità delle quattro possibili definizioni, secondo il Tilgher, non consente di «comprendere il mondo qual' è», confondendo il compito filosofico. Il soggetto, in questo caso, non sarebbe più in grado di vedere «ciò che il delitto è», ma solo «ciò che deve essere»<sup>602</sup>.

Per arrivare all'unica (!) soluzione, pertanto, occorre ripartire proprio dalla consapevolezza dell'esistenza di due gradi dello spirito: quello utilitario, appunto, e quello morale. Per il primo è delitto tutto quello che ostacola il comodo proprio,

---

<sup>601</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 115.

<sup>602</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, pp. 116 e 117.

tutto «*ciò che nuoce*» interessi utilitari, danneggiati non necessariamente da altri uomini ma anche da altri esseri (animali o cose inanimate). Per il secondo è, invece, delitto «*ciò che è male*», ogni atto contrario alla coscienza morale<sup>603</sup>.

Questo parallelismo, apparentemente insuperabile, trova il suo punto d'incontro in una attività della coscienza che, pur essendo diversa negli obiettivi, sarà sempre espressa attraverso una «*reazione negativa*»<sup>604</sup>. Una «*repugnanza*», utilitaria o morale: sarebbe questa l'essenza del delitto. Ciò significa che, per Tilgher, è delitto «ogni azione che provoca una repugnanza», ogni azione che non si vuole, compresa «la sgarberia, cui si risponde col togliere il saluto» o «la violazione di una norma d'etichetta, cui si reagisce non invitando più al ballo o al pranzo il colpevole»<sup>605</sup>.

In questi esempi appena citati è facile riconoscere l'assenza di un qualsivoglia elemento “fisico” o “materiale” che, del resto, l'attita in tutti quei contesti in cui si vuole offrire una tutela penalistica della dignità umana<sup>606</sup> e che – sia chiaro – non è nostra intenzione porre in evidenza oltre il dovuto, magari con lo scopo di invocare, *geometricamente*, «l'afferrabilità concettuale» del bene giuridico tutelato<sup>607</sup>. Il punto è un altro: quello che manca davvero per trasformare questi

---

<sup>603</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 118 e ss. .

<sup>604</sup> In sostanza per Tilgher un'azione, utilitaria o morale, inizialmente genera una *reazione utilitaria*. Soltanto in una seconda fase quest'ultima si trasformerà in una *reazione morale*. Cfr. A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 120.

<sup>605</sup> Peraltro il delitto è, per Tilgher, unito in maniera indissolubile con la pena: unità che non va confusa con l'identità che è, invece, un' «unità astratta», «immobile ed irreal». Questo rapporto fra delitto e pena fu criticato da Giuseppe Natoli, come segnala lo stesso Tilgher in appendice. Cfr. A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 120; nonché pp. 150 e 151.

<sup>606</sup> Che – scrive Caruso – dovrebbe costituire «...il nucleo cruciale di ogni politica di tutela dei beni nell'ordinamento (...)». Così G. CARUSO, *La tutela penale della «dignità umana»: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, in “L'Ircocervo”, n° 1, 2005, p. 1, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>.

<sup>607</sup> Secondo Fioravanti il concetto di “afferrabilità” va riferito «non tanto (...) al bene penalmente tutelato, quanto piuttosto alla sua negazione dialettica, cioè alla lesione del bene stesso, in cui consiste la violazione penale», poiché «nei reati contro la persona, di regola non è difficile afferrare il valore umano che la norma incriminatrice vuole proteggere; ciò che molto più difficilmente si afferra è la soglia oltre la quale, o gli elementi in presenza dei quali, siffatto valore umano può ritenersi significativamente leso». Per Manna è il caso «di cominciare a ripensare se sia davvero opportuno, se non legittimo, continuare a mantenere l'attuale forma di tutela penale a garanzia di beni giuridici connotati da una particolare “inafferrabilità” – che contrasta con il carattere necessariamente tassativo dell'illecito penale – e nei confronti dei quali peraltro, la

esempi in delitti è la “relazionalità”, ovvero il «riconoscimento *reciproco e dialettico* del primato razionale ed etico dell’essere umano rispetto alle altre realtà mondane (...)» (corsivo redazionale)<sup>608</sup>.

### 3.7. Conclusioni

Alla luce di queste brevi considerazioni, non ci sembra possibile accettare la tesi proposta dal Tilgher essendo nebulosa e, in diversi suoi punti, contraddittoria<sup>609</sup>. Dopo aver descritto questa contrapposizione fra le categorie di morale e utile – prima negata (ciascuno possiede «ragioni ed argomenti assai forti per non cedere del tutto il campo all’avversario»<sup>610</sup>) e poi affermata (elementi «opposti e cozzanti fra loro»<sup>611</sup>) – e dopo aver parteggiato palesemente per la prima, il suo pensiero finisce per essere contaminato proprio da quest’ultima. Invero se delitto è ogni atto che si «repugna», compresa la sgarberia così intesa<sup>612</sup>, non si può non scadere nell’individualismo, entrando in gioco sensibilità personalissime in cui sembra impossibile reperire un minimo di oggettività e dove, invece, non è difficile riconoscere le aporie generate da un mero capriccio. La condizione umana è *anche* sottostare a condizioni, che non sono necessariamente, o solo, un vincolo oppressivo, ma uno slancio per raggiungere la

---

sanzione penale non sembra affatto sortire effetti positivi in termini di prevenzione generale». Tuttavia, sottolinea Caruso, «quello insistente sulla dicotomica contrapposizione tra concretezza e astrattezza, afferrabilità e inafferrabilità, materialità o immaterialità, palpabilità o impalpabilità del bene si riduce, in fondo, a un problema falso e fuorviante, o comunque a un problema mal posto». Per indagarne il *perché*, G. CARUSO, *La tutela penale della «dignità umana»: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, in “L’Ircocervo”, n° 1, 2005, pp. 1-2 e 25, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>.

<sup>608</sup> G. CARUSO, *La tutela penale della «dignità umana»: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, in “L’Ircocervo”, n° 1, 2005, p. 30, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>.

<sup>609</sup> Tilgher è stato spesso considerato un pensatore incoerente. Da Eugenio Garin, ad esempio: non solo per aver rovesciato «malamente la prospettiva crociana della dialettica storia-antistoria» ma anche per aver fatto «in sordina la sua brava apologia del fascismo». E. GARIN, *Cronache di filosofia italiana (1900.1943)*, Bari 1959, p. 288. Questa critica rivolta al profilo politico del Tilgher, tuttavia, ci sembra prestare il fianco ad una facile e documentabile smentita.

<sup>610</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 108.

<sup>611</sup> A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 115.

<sup>612</sup> Discorso diverso deve essere fatto per delitti come l’ingiuria. Per comprenderne l’essenza, si veda l’*excursus* giurisprudenziale proposto in M. RONCO e S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino 2008, p. 2756 e ss. .

vera libertà<sup>613</sup>. Lo stesso soggettivismo assoluto potrebbe, per assurdo, non farci provare alcuna «*repugnanza*» per l'attentato alla vita, spalancando le porte al nichilismo più pericoloso<sup>614</sup>. Poiché tutti sono a favore della vita<sup>615</sup> ma, agendo in tal modo, bisognerebbe intendersi sul significato riconosciuto a questa parola. Quando, invece, l'autodeterminazione non può qualificare la vita *in sé* e noi – in questo caso davvero – non possiamo creare nulla, semplicemente perché già c'è<sup>616</sup>.

Il voler dare al diritto un carattere *ideologicamente* sistematorio attraverso la costruzione teoretica di Benedetto Croce<sup>617</sup>, resta il suo grande limite. Il diritto è cosa complessa, difficilmente inquadrabile in un sistema “logico” già esistente, in un *pre-concetto* sottratto dal processo problematico del conoscere<sup>618</sup>. Questo tentativo di disegnare una precisa procedura ed un visibile orizzonte dello spirito e delle sue forme rappresentative (diritto, religione, filosofia...), finisce per

---

<sup>613</sup> Cfr. A. MUSIO, *Autonomia come dipendenza: l'Io legislatore*, Milano 2006, specialmente pp. 243-253.

<sup>614</sup> Come giustamente segnala F. GENTILE, *Adriano Tilgher*, in “L'ircocervo”, n° 2, 2003, p. 7, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>; nonché in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario* (con il diverso titolo *La Filosofia del Diritto nella Napoli di Adriano Tilgher*), Milano 1992, pp. 141-157.

<sup>615</sup> Chi nega «che la vita abbia valore finisce con l'attribuirle proprio il valore di non aver valore». Così E. OPOCHER, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova 1993, p. 27.

<sup>616</sup> «Anche quando non siamo consapevoli suscitiamo un *senso*. E solo un qualcosa di *vivente* può suscitare un *senso*. È chiaro che le dinamiche presenti in ogni vivente sono diverse, ma qualsiasi corpo umano non cosciente non mi dice *solo* che è lì e non si racchiude *solo* nel luogo che occupa: muove la *mia relazione* e ne fa una *comunità di senso*». Così P. SGRECCIA, *Origine e storia della bioetica in medicina e biologia*, Lezione tenuta il 16 febbraio 2009 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano al Corso di perfezionamento in “Bioetica” (IX edizione), inedito. Le cosiddette bio-politiche, pertanto, possono rivelarsi pericolose. Tuttavia Natalino Irti scrive: «...la forza politico-giuridica non può starsene più entro gli antichi termini e accogliere dal di fuori il nascere e il morire. La giuridificazione del *bios* è inevitabile. La vita, nella sua elementare fisicità e corporeità, esige regole, fa appello alla decisione politica, varca impetuosa i confini del diritto». Ciò implica che «il diritto prenda posizione, e dunque che assuma la vita, il nascere e il morire come *cosa propria*, come eventi non ricevuti dall'esterno, ma previsti e disciplinati da norme. Non più appartenenti all'ordine spontaneo della natura, ma all'ordine artificiale del diritto». Cfr. N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari 2008, pp. 66 e 67; nonché, dello stesso Autore, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli 2007, pp. 42-43.

<sup>617</sup> Per una rapida, ma efficace, panoramica sulla Filosofia del Diritto del neoidealismo (Benedetto Croce e Giovanni Gentile, in particolare), si veda E. OPOCHER, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova 1993, pp. 211-220.

<sup>618</sup> F. GENTILE, *Adriano Tilgher*, in “L'ircocervo”, n° 2, 2003, p. 10, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>; nonché in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario* (con il diverso titolo *La Filosofia del Diritto nella Napoli di Adriano Tilgher*), Milano 1992, pp. 141-157.

mortificare la stessa volontà umana che, almeno inizialmente, sembrava dovesse emergere come protagonista indiscussa.

La definizione di delitto, così come quella di diritto, non può essere generata se non dal rifiuto di ogni integralismo: anzitutto deve essere giuridica (e con una interpretazione restrittiva del concetto di diritto positivo) ma – si badi – non per questo necessariamente formale: il diritto positivo può e deve mostrarsi come «*effettivo*» e, dunque, «mediamente efficace» per un determinato gruppo sociale<sup>619</sup>. Essendo un prodotto dell'uomo, anch'esso sarà temporale ed imperfetto (come il pensiero contenuto in queste pagine, del resto, che speriamo venga considerato soltanto per *ciò che è*: un approdo conoscitivo *provvisorio*). Soltanto così potrà aspirare a divenire conveniente<sup>620</sup> e morale insieme. Poiché per reperire il *giusto* contenitore per beni e interessi, bisogna tentare di unire proprio *ciò che si mostra come sistema coerente* (utile) con *ciò che dovrebbe essere e non sempre è* (morale), ai sensi di un ancora valido insegnamento aristotelico – e della sua filosofia, che coglie l'essere nel suo movimento<sup>621</sup> – secondo cui una legge riuscirà buona se è ragione senza passione<sup>622</sup>.

Ecco allora la nostra definizione di delitto, in quanto *realtà dinamica*<sup>623</sup>. Ogni definito, del resto, «è come una fotografia: cristallizza soltanto un istante»<sup>624</sup>. Se così non fosse l'esistenza umana sarebbe interamente necessitata nel suo

---

<sup>619</sup> F. MODUGNO, sub voce *Positivismo giuridico*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XXXIV, Milano 1985, p. 451.

<sup>620</sup> «*Convenientia* non ha qui il mero significato moderno di *utilità*, bensì quello etimologico, assai più ricco, di armonico comporsi delle diversità in un sistema coerente». Così S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano 1981, p. 127.

<sup>621</sup> E. OPOCHER, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova 1993, p. 61.

<sup>622</sup> F. D'AGOSTINO, *Una legge riuscirà buona se è ragione senza passione*, in "Avvenire", 2 ottobre 2008, testo disponibile al sito <http://uomovivo.blogspot.com/>

<sup>623</sup> Sul punto Gentile scrive: «La realizzazione del bene non è alla portata dell'osservanza formalistica di una prescrizione, imposta alla volontà di un inferiore, il subordinato, dall'imperscrutabile potere di un superiore, il sovraordinato. Solo una continua apertura al reale, resa possibile dalla capacità di prescindere da se stessi, la disponibilità a lasciarsi condurre di volta in volta dall'esperienza, come si legge in quel passo della *Metafisica* di Aristotele: La cosa stessa fece loro strada e li costrinse a cercare', consente all'uomo azioni buone che non sono prodotti dell'industriosità individuale bensì passi nella autorealizzazione personale». F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia nella formazione del giurista*, Napoli 2008, p. 99.

<sup>624</sup> Così A. MUSIO, *Autonomia come dipendenza nella condizione umana*, Lezione tenuta il 18 febbraio 2009 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano al Corso di perfezionamento in "Bioetica" (IX edizione), inedito.

svolgersi. Questo risultato si potrebbe anche tradurre, più semplicemente, come un richiamo al principio di stretta legalità ed ai suoi attuali corollari, secondo cui un atto diviene delitto *soltanto* quando entra in collisione con una norma giuridica anteriormente promulgata. Considerando, *però*, l'esperienza e, anzi, aspettandola come inevitabile ed essenziale.

Tuttavia – va precisato – nulla si vuole demolire: Adriano Tilgher è un autore dal pensiero profondo, mai banale e, su alcune tematiche, davvero lucidissimo<sup>625</sup>. Ed ha un grande merito: quello di aver svelato per primo, anche se inconsapevolmente<sup>626</sup>, i limiti dell'applicazione del crocianesimo al diritto<sup>627</sup>. Verità pagata a caro prezzo, visto che fu aspramente criticato dallo stesso gruppo scientifico di cui si era autoproclamato difensore<sup>628</sup>. Accusò il duro colpo e, da

---

<sup>625</sup> Si veda, ad esempio, la sua concezione in ordine al diritto naturale. Cfr. A. TILGHER, *Le antinomie della Filosofia del Diritto*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*, Torino 1928, pp. 213-214.

<sup>626</sup> F. GENTILE, *Adriano Tilgher*, in "L'ircocervo", n° 2, 2003, p. 8, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>; nonché in G.F. LAMI (a cura di). *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario* (con il diverso titolo *La Filosofia del Diritto nella Napoli di Adriano Tilgher*), Milano 1992, pp. 141-157.

<sup>627</sup> Scrive Francesco Gentile: «...c'è qualcosa di singolare e di comune nei due casi, di Croce e di Tilgher. Da quel momento, per l'uno come per l'altro, il problema giuridico, che sino allora aveva avuto una rilevanza centrale, sfuma sull'orizzonte speculativo per poi scomparire del tutto nell'incerta luce etico-politica». Cfr. F. GENTILE, *Adriano Tilgher*, in "L'ircocervo", n° 2, 2003, p. 6, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>; nonché in G.F. LAMI (a cura di). *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario* (con il diverso titolo *La Filosofia del Diritto nella Napoli di Adriano Tilgher*), Milano 1992, pp. 141-157.

<sup>628</sup> Tilgher finì per essere stroncato dallo stesso Croce, attraverso una violenta recensione (che Tilgher considera una pena! Cfr. A. TILGHER, *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino 1928, p. 143) firmata dal fedele De Ruggiero sulla Rivista "La Critica", in cui il Nostro veniva trattato "da ragazzo che gioca con lo spadone o col moschettone del nonno (...)". Per una completa panoramica, si veda F. GENTILE, *Adriano Tilgher*, in "L'ircocervo", n° 2, 2003, pp. 1-11, testo disponibile al sito <http://www.filosofiadeldiritto.it/>; nonché in G.F. LAMI (a cura di). *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario* (con il diverso titolo *La Filosofia del Diritto nella Napoli di Adriano Tilgher*), Milano 1992, pp. 141-157. Del resto, già da tempo (dal 1912), i rapporti tra i due erano cambiati in peggio. In una lettera indirizzata a Giovanni Gentile, datata 11 gennaio 1920, Croce scriveva: «Al giovane Tilgher, che componeva opuscoli sulla falsariga della mia filosofia del diritto, e me li dedicava come piccolo ruscello di un gran fiume, consigliai con tanta insistenza di lasciare le disquisizioni teoriche e accingersi a qualche monografia storica, che da allora prese a odiarmi, e non cessa neppur ora di segregare veleno contro di me». Cfr. A. CROCE (a cura di), *Benedetto Croce. Lettere a Giovanni Gentile*, Milano 1981, p. 591. Sul punto cfr., altresì, G.F. LAMI, *Introduzione a Adriano Tilgher. L'idealismo critico e l'uomo integrale del XX secolo*, Milano 1990, p. 85 e ss. .

quel momento in poi, non si occupò più di Filosofia del Diritto<sup>629</sup>, lasciando spazio alle sue comunque magnifiche doti di critico.

La ri-scoperta, come sempre, in qualche modo riabilita, restituendo quel qualcosa che proprio (e solo) l'esperienza sa riconoscere ed imporre. Il tempo, si sa, è galantuomo. E lo è anche quando non produce, come in questo caso, condivisione piena di un, pur nobile, pensiero.

---

<sup>629</sup> Secondo Valitutti il (vero) motivo di questo cambiamento fu la guerra, che «scosse profondamente il suo spirito». Cosicchè «la sua filosofia diventò sempre più filosofia civile (...)». Così S. VALITUTTI, *Adriano Tilgher nel primo centenario della nascita*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano 1992, pp. 1 e 2.

## BIBLIOGRAFIA

- Aa.Vv., *D.Lgs. 19 febbraio 1998, n. 51. Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado*, in *Legisl. pen.*, 1998
- ABBAGNANO N., *Storia della filosofia*, IV, *La filosofia contemporanea*, Torino, 1991
- ABBAGNANO N., sub voce *Ragionevolezza*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1971
- ACKRILL J.L., *Aristotele*, Bologna, 1999
- ALPA G., *I principi generali*, in *Trattato di diritto privato*, Milano, 1993
- ÁLVAREZ VALDÉS A., *Cosa sappiamo della Bibbia?*, vol. 3, Vicenza, 2003
- ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale. Parte speciale-I*, Milano, 2002
- ANZON A., *L'interpretazione autentica legislativa tra controllo di costituzionalità ed evoluzione del ruolo della legge*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001
- APRILE E., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2001
- ARIANO M., *Riflessioni a margine della sentenza n. 23031 del 2 novembre 2007 delle Sezioni Unite della Cassazione sulle circolari amministrative interpretative*, in <http://www.dplmodena.it>
- ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959
- ASCOLI M., *La interpretazione della legge*, Roma, 1928
- ASTARITA S., *L'impugnazione di parte civile. Fra resistenze culturali e pretesa parità*, in A. GAITO (a cura di), *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, Torino, 2007
- ATLAS J.D., *Philosophy without ambiguity*, Oxford, 1989
- AZZONI G.M., *Cognitivismo e normativismo: il paradosso delle regole tecniche*, Milano, 1991
- AZZONI G.M., *Filosofia dell'atto giuridico in Immanuel Kant*, Padova, 1998
- BALDI F., *Manuale del giudice di pace penale*, Milano, 2001
- BARBERIS M., *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990
- BARCELONA M., *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in "Riv. critica dir. priv.", 1991
- BARCELONA P., *Diritto senza storia. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003
- BARCELONA P., *I soggetti e le norme*, in *Quaderni fiorentini*, n° 16, Milano, 2002
- BELLINI PIETRI A., *Saggio sulla utilità di rapporti scambievoli tra filosofia del diritto e diritto positivo*, Pisa, 1898
- BENEDETTI G., *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, 1994
- BENEDETTO M.A., sub voce *Taglione*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVIII, Torino, 1957
- BERARDI A., *Il diritto e il terrore. Alle radici teoriche della "finalità di terrorismo"*, Padova, 2008
- BERARDI A., *Il problema dell'architettura del caso: a proposito della rilevanza penale del patrocinio infedele "stragiudiziale"*, in F. GENTILE, *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006
- BERNARDO A., *Regole e vincoli dell'argomentazione giuridica*, 2003, in <http://archivioceradi.luiss.it>
- BERTI E. (a cura di), *Marino Gentile nella filosofia del Novecento*, Napoli, 2003
- BERTI G., *Immagini e suggestioni del principio di uguaglianza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. I, Napoli, 2004
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1971
- BETTI E., *Di una teoria generale dell'interpretazione*, in "Riv. giur. umbro-abr.", XXXIII, 1957
- BETTI E., *Posizione dello spirito rispetto all'oggettività*, in "Riv. int. fil. dir.", 1950
- BIANCONI G., *CSM, 1282 giudici sotto processo*, in *Corriere della sera* del 22 dicembre 2008, nonché in <http://www.corriere.it>
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007
- BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994
- BOBBIO N., *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958
- BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938
- BONGIORNO G., *Nient'altro che la verità*, Milano, 2005
- BOSCARELLI M., *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955
- BOSCARELLI M., *L'analogia giuridica*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", 1954



- CAIANI L., sub voce *Analogia: b) teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958
- CAIANI L., *Filosofia del diritto e storia della giurisprudenza*, in "Riv. int. fil. dir.", n° 1, 1958
- CAIANI L., *Problemi dell'università italiana*, Milano, 1955
- CAIANI L., *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955
- CAIANI L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1953
- CALABRÒ G.P., *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale*, Torino, 2003
- CALABRÒ G., *Adriano Tilgher moralista*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano, 1992
- CALAMANDREI P., *Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato*, Milano, 2008
- CALLARI F., *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009
- CAMMARATA A.E., sub voce *Formalismo giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVII, Milano, 1968
- CANANZI D., *Interpretazione alterità giustizia. Il diritto e la questione del fondamento. Saggio sul pensiero di Paul Ricoeur*, Torino, 2008
- CAPOGRASSI G., *Analisi dell'esperienza comune*, in F. MERCADANTE (a cura di), *La vita etica*, Milano 2008
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Padova, 2005
- CARCATERRA G., *La duplice giustificazione nel diritto positivo*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto* (7), Milano, 2010
- CARCATERRA G., *Corso di filosofia del diritto*, Roma, 2007
- CARCATERRA G., *Dal giurista al filosofo. Livelli e modelli della giustificazione*, Torino, 2007
- CARCATERRA G., *L'argomentazione nell'interpretazione giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei* 135, Roma, 1998
- CARCATERRA G., sub voce *Analogia*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988
- CARCATERRA G., in *Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1989
- CARNELUTTI F., *Mio fratello Daniele*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita da avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006
- CARNELUTTI F., *Vita da avvocato*, in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita da avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006
- CARNELUTTI F., *Il segreto della vita*, Torino, 1959
- CARNELUTTI F., *Il canto del grillo*, Torino, 1955
- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951
- CARNELUTTI F., *I valori giuridici del messaggio cristiano*, Padova, 1950
- CARNELUTTI F., *Limiti dell'accertamento legislativo*, in "Riv. Dir. Proc." I, 1950
- CARNELUTTI F., *Arte del diritto*, Padova, 1949
- CARNELUTTI F., *Cenerentola*, in "Riv. dir. proc.", 1946
- CARNELUTTI F., *La storia e la fiaba*, Roma, 1945
- CARNELUTTI F., *La persona umana e il delitto*, in "Archivio penale", fasc. I e II, 1945
- CARNELUTTI F., *L'equità nel diritto penale*, in "Riv. dir. proc. civ.", 1935
- CARNELUTTI F., *I giuristi e la filosofia*, in "Riv. int. fil. dir.", n° 2, 1923
- CAROFILIO G., *La manomissione delle parole*, Milano, 2010
- CARUSO G., *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale. Contributo all'interpretazione della legge 11 agosto 2003 n° 228*, Padova, 2005
- CARUSO G., *La tutela penale della «dignità umana»: tra esigenze di giustizia e di protezione del bene giuridico*, "L'Ircocervo", n° 1, 2005, in <http://www.filosofiadeldiritto.it/>
- CASA F., *Tullio Ascarelli. Dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo*, Napoli, 1999
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009
- CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2007
- CASSESE S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in "Riv. trim. dir. proc. civ.", n° 2, 1969
- CASTELLANO D. e GIUROVICH G. (a cura di), *Modernità della classicità. La filosofia etico-politica in Marino Gentile*, Udine, 1996
- CASTELLANO G., *Interpretazione autentica della legge e politica del diritto*, in "Pol. Dir.", 1971
- CASTELLANO S., sub voce *Analogia (biologia)*, in *L'Enciclopedia*, vol. 1, Torino, 2003
- CASTIGNONE S., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002

- CATANIA A., *Manuale di filosofia del diritto*, Napoli, 1995
- CAVALLA F., *Retorica giudiziale, logica e verità*, in F. CAVALLA (a cura di), *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Milano, 2007
- CAVALLA F., *La via retorica alla verità*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004
- CAVALLA F., *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova, 1996
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa*, Milano, 1982
- CENDON P. (a cura di), *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, vol. I, Torino, 1995
- CERRI A., sub voce *Ragionevolezza delle leggi*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Vol. XXV, Roma, 1994
- CHIANALE A., sub voce *Common law*, in L'Enciclopedia, vol. 5, Torino, 2003
- CHIASSONI P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007
- CHIASSONI P., *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. da Bentham a Kelsen*, Torino, 2009
- CHIASSONI P., *Codici interpretativi. Progetto per un Vademecum giuridico*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 2004
- CHIASSONI P., *La giurisprudenza civile. Metodi di interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999
- CONTE A.G., *Filosofia del linguaggio normativo, Studi 1995-2001*, Torino, 2001
- COPI I.M. e COHEN C., *Introduzione alla logica*, Bologna, 1998
- COPPI F., *La giustizia è uguale per tutti, ma...*, discorso tenutosi all'inaugurazione della Scuola forense a Perugia, 15 gennaio 2004, in <http://www.30giorni.it>
- CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 2001
- CORDERO F., sub voce *Legalità penale*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XVIII, Roma, 1988
- COSTANTINI F., *Vittorio Frosini. Genesi filosofica e struttura giuridica della società dell'informazione*, Napoli, 2010
- COSSUTTA M., *Fra giustizia ed arbitrio. Il principio di legalità nell'esperienza giuridica sovietica*, in *Quaderni fiorentini*, n° 36, Milano, 2007
- COSSUTTA M., *Questioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2005
- COSSUTTA M., *Questioni sull'informatica giuridica*, Torino, 2003
- COSSUTTA M., *Formalismo giuridico. Delle teorie giuridiche di Vyšinskij, Stuka e Pašukanis*, Napoli, 1992
- COTTA S., *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, 1997
- COTTA S., *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenesi giuridica*, Milano, 1991
- COTTA S., *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, in "Riv. dir. civ.", I, 1991
- COTTA S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981
- COTTA S., *Il diritto come sistema di valori*, in "Iustitia", n° 3, 1977
- COTTA S., sub voce *Diritto naturale*, in Enciclopedia del Diritto, vol. XII, Milano, 1964
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984
- CRISAFULLI V., *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in "Jus", I, 1940
- CRISCUOLO A., *Bugie e pregiudizi*, Taranto, 1896
- CROCE A. (a cura di), *Benedetto Croce. Lettere a Giovanni Gentile*, Milano, 1981
- D'AGOSTINO F., *Una legge riuscirà buona se è ragione senza passione*, in "Avvenire", 2 ottobre 2008, testo disponibile anche al sito <http://uomovivo.blogspot.com/>
- D'AGOSTINO F., *Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2006
- D'ALESSIO R., *Completezza, chiusura e integrazione dell'ordinamento*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000
- DACQUÍ G., *Il principio dell'oltre ragionevole dubbio tra sapere e verità*, in <http://www.penale.it>.
- DE CARO A., *Filosofia della riforma e doppio grado di giurisdizione di merito*, in A. GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni*, Torino, 2006
- DELMAS-MARTY M., *Mondializzazione e ascesa al potere dei giudici*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008

- DEL VECCHIO G., *Saggi intorno allo Stato*, Roma, 1935
- DE SAINT-EXUPÉRY A., *Il piccolo principe*, Milano, 2009
- DICIOTTI E., *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*, Siena, 2003
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999
- DICIOTTI E., *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999
- DONNARUMMA M. R., *Un mito infranto: l'intangibilità de la loi. Il controllo della "ragionevolezza" delle leggi in Francia*, in "Diritto e Società", n° 4, 2007
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982
- EMPSON W., *Seven types of ambiguity*, London, 1930
- EVANS R.J.W., *Il linguaggio della storia e la storia del linguaggio*, in A. TRAMPUS e U. KINDL (a cura di), *I linguaggi e la storia*, Bologna, 2003
- FALZEA A., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999
- FASSÒ G., *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, vol. III, Roma-Bari, 2007
- FERRAGAMO P., *Le formule dell'eguaglianza. Da Kelsen a Nagel*, Torino, 2004
- FERRAGAMO P., *Il principio di eguaglianza nell'etica contemporanea. Un'antologia*, Torino, 2002
- FERRERI S., *Termini giuridici e versioni linguistiche: anglicismi e "disturbi di trasmissione"*, in S. FERRERI (a cura di), *Falsi amici e trappole linguistiche. Termini contrattuali anglofoni e difficoltà di traduzione*, Torino, 2010
- FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007
- FRACANZANI M.M., *Divieto di analogia nelle norme eccezionali ed interpretazione estensiva. Alla ricerca di un criterio distintivo con dignità teorica ed utilità pratica nel processo amministrativo*, in "Dir. Proc. Amm.", n° 1, 2008
- FRACANZANI M.M., *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003
- FRACANZANI M., *Adolfo Ravà. Fra tecnica del diritto ed etica dello Stato*, Napoli, 1998
- FROSINI V., *La lettera e lo spirito della legge*, in V. FROSINI, *Filosofia e giurisprudenza*, Catania, 1953
- FUSELLI S., *Apparenze. Accertamento giudiziale e prova scientifica*, Milano, 2008
- GADAMER H.G., *Verità e metodo*, Milano, 2000
- GARIN E., *Cronache di filosofia italiana (1900.1943)*, Bari, 1959
- GARUTI G. e DEAN G., *I nuovi ambiti soggettivi della facoltà di impugnare*, in A. GAITO (a cura di), *La nuova disciplina delle impugnazioni*, Torino, 2006
- GENTILE F., *Il processo e la conversione del conflitto*, in A. BERARDI (a cura di), *Il processo e la conversione del conflitto. Relazioni ed interventi dell'incontro di studi, nel trentesimo anniversario dell'omicidio di Fulvio Croce*, Padova, 2009
- GENTILE F., *Sergio Cotta, "L'Ircocervo"*, n° 1, 2009, in <http://www.filosofiadeldiritto.it/>
- GENTILE F., *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008
- GENTILE F., *Filosofia del diritto. Le Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, 2006
- GENTILE F., *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell'ordinamento politico*, Milano, 2003
- GENTILE F., *Adriano Tilgher, "L'Ircocervo"*, n° 2, 2003, p. 7, in <http://www.filosofiadeldiritto.it/>; nonché in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario* (con il diverso titolo *La Filosofia del Diritto nella Napoli di Adriano Tilgher*), Milano, 1992
- GENTILE F., *Ordinamento giuridico, tra virtualità e realtà*, Padova, 2001
- GENTILE F., *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, in D. CASTELLANO e G. CORDINI (a cura di), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Quaderni della Rivista "Il politico", n° 39, Milano, 1994
- GENTILE F., *Disordine, ordine e ordinamento. Riflessioni in margine al concetto di "fluttuazione" di Ilya Prigogine*, in M. NICOLINI (a cura di), *Ordine e disordine*, Bologna, 1987
- GENTILE F., *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1984
- GENTILE M., *Trattato di filosofia*, Napoli, 1987
- GENTILE M., *Umanesimo e tecnica*, Verona, 1943
- GIANFORMAGGIO L., *Elogio di un filosofo continentale pronunciato da una analitica*, in *Per Alessandro Giuliani*, Perugia, 1999
- GIANFORMAGGIO L., voce *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., I*, 1987

- GIANNINI M.S., *L'analogia giuridica*, in "Jus", IV, 1941 e I, 1942, ora in Id., *Scritti*, vol. II, Milano, 2002
- GIANNINI M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939
- GILLIES D. e GIORELLO G., *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Roma-Bari, 2010
- GIULIANI A., *Le preleggi. Gli articoli 1-15 del codice civile*, Torino, 1999
- GIULIANI G. e PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987
- GORLA G., *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in "Foro it.", V
- GRECO V., *Il distacco dall'interpretazione letterale nel diritto romano e in quello intermedio*, in <http://www.dialettico.it>
- GROSSI P., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003
- GUASTINI R., *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2010
- GUASTINI R., *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, 2006
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004
- GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2001
- GUASTINI R., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001
- GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Torino, 1995
- GUASTINI R., sub voce *Analogia*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Milano, 1980
- GUZZO A., *L'io e la ragione*, Brescia, 1946
- HART H., *Il concetto di diritto* (trad. italiana di M. Cattaneo), Torino, 1965
- HERITIER P., *L'analogia, settanta anni dopo*, in A. PUNZI (a cura di), *Metodo linguaggio scienza del diritto, omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto* (6), Milano, 2007
- IACOVIELLO F.M., *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milano, 1997
- INCAMPO A., *Quid est veritas? Filosofia del diritto e Rivelazione in Sergio Cotta*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria*, *Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto* (7), Milano, 2010
- INCAMPO A., *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, 2010
- INCAMPO A., *Sul dovere giuridico*, Bari, 2006
- IRTI N., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009
- IRTI N., *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007
- IRTI N., *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007
- IRTI N., *In dialogo su Nichilismo giuridico*, in "Riv. int. fil. dir.", n° 2, 2006
- IRTI N., *La formazione del giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), *La formazione del giurista. Atti del Convegno tenutosi a Roma il 2 luglio 2004 presso l'Università degli Studi "La Sapienza"*, Milano, 2005
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1986
- IRTI N., *La proposta della neo-esegesi (a modo di prefazione)*, in *L'età della decodificazione*, Milano, 1986
- IRTI N., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *L'età della decodificazione*, Milano, 1986
- ITALIA V., *I concetti giuridici*, Milano, 2010
- ITALIA V., *Il tempo delle leggi*, Milano, 2010
- ITALIA V., *Problemi di interpretazione dei piani urbanistici e ambientali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. III, Padova, 2007
- JORI M. e PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995
- JORI M., sub voce *Formalismo giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992

- LAMI G.F. (a cura di), *Adriano Tilgher. Un pensatore liberale*, Roma, 2000
- LAMI G.F. (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano, 1992
- LAMI G.F. (a cura di), *Introduzione a Adriano Tilgher. L'idealismo critico e l'uomo integrale del XX secolo*, Milano, 1990
- LARENZ K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966
- LATTANZI G. (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2002
- LA TORRE M., *Avvocatura ed etica giuridica*, in G. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, 2003
- LA TORRE M., *Libertà*, in M. LA TORRE e G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Catanzaro, 2000
- LAURENT F., *Principii di diritto civile*, Milano, 1910
- LAZZARO G., sub voce *Sistema giuridico*, in *Noviss. Dig. Ital.*, vol. XVII, Torino, 1970
- LAZZARO G., *L'interpretazione sistematica della legge*, Torino, 1965
- LENER A., *L'eccesso di potere del legislatore e i giudici*, in "Foro it.", V, 1981
- LEVI G., *L'interpretazione della legge: i principi generali dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2006
- LOCKE J., *Saggio sull'intelletto umano*, Milano, 2003
- LOMBARDI VALLAURI L., *Norme giuridiche certe e vaghe in senso vago*, 1999, in <http://www.criminologia.it>
- LOMBARDI VALLAURI L., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981
- LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1975
- LONGHI S. (prefazione), in T. NAPOLITANO, *Il codice penale sovietico, prima trad. integrale del testo ufficiale russo*, Roma, 1931
- LONGHI S., *Per un codice della prevenzione criminale*, Milano, 1921
- LOSANO M.G., *Sistema e struttura del diritto*, Torino, 1968
- LUTHER J., sub voce *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pub.*, XII, Torino, 1997
- LUZZATI C., *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto: 1*, Torino, 2010
- LUZZATI C., *Ricominciando dal sorite*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006
- LUZZATI C., *Se una volta un giurista al buffet della stazione*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000
- LUZZATI C., *Il diritto penale è un sistema chiuso?*, in "Diritto penale e processo", n° 4, 1998
- LUZZATI C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990
- MANCINI L., *Diritto, identità, linguaggio*, in P. NERHOT, *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto* (Torino, 16-18 settembre 2008), Napoli, 2009
- MANCUSO E.M., *La modifica delle norme in materia di impugnazione della parte civile*, in A. SCALFATI (a cura di), *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006
- MANETTI M., *Vizi (reali e immaginari) delle leggi di interpretazione autentica*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001
- MANTOVANI F., *Diritto penale*, Padova, 2001
- MANZIN M., *L'universale nel particolare. Politica, giustizia e provvidenza ne Il cavallo rosso di Eugenio Corti*, Relazione tenuta al XXVII Congresso della Società italiana di filosofia del diritto, Catanzaro 17 settembre 2010, inedita (tuttavia a breve disponibile sul sito <http://www.dirittoepolitica.it>).
- MANZIN M., *L'ordine infranto*, in "Rassegna degli Avvocati italiani", n° 2, 2009 (articolo già pubblicato in "Tigor. Rivista di scienze della comunicazione", n° 1, 2009)
- MANZIN M., *La barba di Salženicyn e la frammentazione dei diritti umani*, in "Persona y Derecho", 58, 2008
- MANZIN M. e SOMMAGGIO P. (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006
- MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961
- MARIANI MARINI A., *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004

- MARINUCCI G., *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *"Rivista italiana di diritto e procedura penale"*, n. 4, 2007
- MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, 2000
- MARZANO G., *L'interpretazione della legge. Con particolare riguardo ai rapporti fra interpretazione autentica e giurisprudenziale*, Milano, 1955
- MATTEUCCI N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Bologna, 1996
- MAZZARESE T., *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, in *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Torino, 2000
- MELANDRI E., *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Bologna, 1968
- MENGONI L., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996
- MERLO G.M., sub voce *Limite* (filosofia), in *l'Enciclopedia*, Torino, 2003
- MILANI F., *L'interpretazione evolutiva*, in *"Riv. int. fil. dir."*, II, 1950
- MODUGNO F., *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009
- MODUGNO F., *La dottrina del diritto nel pensiero di Carlo Esposito*, Torino, 2008
- MODUGNO F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- MODUGNO F., *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000
- MODUGNO F. sub voce *Positivismo giuridico*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985
- MODUGNO F., sub voce *Sistema giuridico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXIX, Roma, 1993
- MONATERI P.G., sub voce *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993
- MORO A., *Lo Stato. Il diritto*, Bari, 2006
- MORO A., *Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, 2005
- MUSIO A., *Autonomia come dipendenza nella condizione umana*, Lezione tenuta il 18 febbraio 2009 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano al Corso di perfezionamento in "Bioetica" (IX edizione), inedito
- MUSIO A., *Autonomia come dipendenza: l'Io legislatore*, Milano, 2006
- NEGRI A., *Tilgher 1987. Civiltà del lavoro e visione moderna della vita*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano, 1992
- NEGRI A., *Adriano Tilgher: "Pragmatismo trascendentale" e filosofia del lavoro*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*. Milano, 1992
- NIETZSCHE F., *Al di là del bene e del male*, Milano, 1977
- OPOCHER E., *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993
- OPOCHER E., *"Se a minacciare un curato c'è penale". Il diritto ne "Promessi sposi"*, Milano, 1985
- OPOCHER E., sub voce *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, 1958
- ORESTANO R., *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *"Jus"*, 1960
- WALDSTEIN W., *Teoria generale del diritto*, Roma, 2001
- PACE A., *Eguaglianza e libertà*, in *Studi in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2004
- PAGALLO U., *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica*, in M. AYUSO (a cura di), *Studi in onore di Francesco Gentile*, Madrid, 2006
- PAGALLO U., *Prolegomeni d'informatica giuridica*, Padova, 2003
- PAGALLO U., *Alle fonti del diritto. Mito, scienza, filosofia*, Torino, 2002
- PAGALLO U., *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Milano, 2001
- PAGLIANTINI S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Padova, 1998
- PALADIN L., *Costituzione, Preleggi e Codice civile*, in *"Riv. dir. civ."*, I, 1993
- PALADIN L., in *Discorso celebrativo del XX anniversario della Corte*, in *"Giur. cost."*, I, 1986
- PALAZZANI L., *La cittadinanza tra eguaglianza e differenza: le istanze del femminismo giuridico*, in *"Archivio giuridico"*, 1999

- PALAZZO F., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini*, n° 36, Milano, 2007
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2006
- PALAZZO F., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- PALAZZO F. e PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2005
- PALOMBELLA G., *Filosofia del diritto*, Padova, 1996
- PASQUALE G., *Il principio di non-contraddizione in Aristotele*, Torino, 2008
- PASQUARELLI A., sub voce *Analogia (fisica)*, in *L'Enciclopedia*, vol. 1, Torino, 2003
- PASSERIN D'ENTREVÉS A., *Dottrina dello Stato*, Torino, 1962
- PATTARO E., *Opinio iuris. Lezioni di filosofia del diritto per l'a.a. 2010-2011*, Torino, 2010
- PATTARO E., *Filosofia del diritto*, Bologna, 1998
- PARESC E., sub voce *Interpretazione (filosofia)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Milano, 1972
- PERES F., *L'interpretazione di un testo normativo*, in <http://www.image.unipd.it>
- PERLINGIERI P., *Ratio iuris e ragionevolezza nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in G. GIACOBBE e L. FAVA GUZZETTA (a cura di), *Ermeneutica giuridica ed ermeneutica letteraria: Emilio e Ugo Betti*, Torino, 2006
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006
- PETEV V., *Ermeneutica filosofica e interpretazione giuridica*, in M. LA TORRE e A. SCERBO (a cura di) *Diritti, procedure, virtù. Seminari catanzaresi di filosofia del diritto*, Torino, 2005
- PETRILLO F., *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nella teoria del diritto di Emilio Betti*, Torino, 2005
- PIANO MORTARI V., voce *Analogia: a) cenni storici*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano, 1958
- PIO XII, *Principi fondamentali del diritto penale* (Discorso di S.S. Pio XII ai partecipanti al VI Congresso Internazionale di diritto penale (3 ottobre 1953), nella versione pubblicata in *"Civiltà Cattolica"*, Quaderno 2480 del 17 ottobre 1953), in *"Archivio penale"*, 1953
- PLATONE, *Fedro*, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2008
- PLATONE, *Leggi*, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2008
- PLATONE, *Minosse*, in G. REALE, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2008
- PLATONE, *Protagora*, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2008
- PLATONE, *Repubblica*, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2008
- PLATONE, *Simposio*, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, 2008
- POGGI F., *Contesto e significato letterale*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI, *Analisi e diritto*, Torino, 2006
- POPPER K.R., *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino, 1998
- POPPER K.R., *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 1972
- PUGIOTTO A., *Leggi interpretative e funzione giurisdizionale*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001
- PUGLIATTI S., sub voce *Delitto (premessa)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, 1964
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, Torino, 2005
- PUNZI A., *Dialettica della ragione giuridica*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (7)*, Milano, 2010
- PUNZI A., *L'essenza e il senso. Bobbio, Cotta e la fenomenologia del diritto*, in A. PUNZI (a cura di), *Metodo linguaggio scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004). Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto (6)*, Milano, 2007
- PUPPO F., *La "nuova" prova scientifica nel processo penale*, in G. FERRARI e M. MANZIN (a cura di), *La retorica tra scienze e professione legale. Questioni di metodo*, Milano, 2004
- QUADRI R., *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Comm. Cod. civ. sub art. 12 preleggi (diretto da Scialoja e Branca)*, Bologna-Roma, 1982

- QUADRI R., *Le disposizioni preliminari dei codici civili*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, VI, Napoli 1972
- QUAGLIERINI C., *Il ricorso immediato al giudice da parte dell'offeso*, in Aa.Vv., A. SCALFATI (a cura di), *Il giudice di pace, un nuovo modello di giustizia penale*, Padova, 2001
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, Torino, 2001
- RAVÀ A., *Il diritto come norma tecnica*, Cagliari, 1911
- ROMANO B., *Il diritto strutturato come discorso*, Roma, 1994
- ROMANO B., *Il senso esistenziale del diritto nella prospettiva di Kierkegaard*, Milano, 1973
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947
- ROMEO F., in *Analogia, per un concetto relazionale di verità nel diritto*, Padova, 1990
- RONCAGLI G., *L'interpretazione autentica*, Milano, 1954
- RONCO M. e ARDIZZONE S. (a cura di), *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, Torino, 2008
- RONCO M., *Il principio di legalità*, in M. RONCO (a cura di), *Commentario sistematico al codice penale*, I, Bologna, 2006
- ROPPA V., *Il contratto*, Milano, 2001
- ROSMINI A., *Filosofia del diritto*, Padova, 1969
- ROSS A., *On law and justice* (traduzione di G. Gavazzi), Torino, 1965
- SACCO R., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 2003
- SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980
- SAGNOTTI S., *Commento all'articolo 12 preleggi*, in A. GAITO e M. RONCO (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, Torino, 2009
- SAGNOTTI S., *La giuridicità tra norma e processo. Riflessioni sul metodo giuridico*, in S. SAGNOTTI (a cura di), *Metodo e processo. Una riflessione filosofica*, Perugia, 2005
- SAGNOTTI S., *Rhetorica e logica. Aristotele, Cicerone, Quintiliano, Vico*, Torino, 1999
- SAGNOTTI S., *I diritti tra storia e morale. Riflessioni sul pensiero di Ronald Dworkin*, Milano, 1998
- SANTANGELO I.A., *L'abuso di ufficio*, in "Giur. Merito", 05, 2003
- SANTORO PASSARELLI F., sub voce *Preleggi*, in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino, 1966
- SARACENI G., *Controtempo. Diritto e durata*, in B. ROMANO (a cura di), *Sergio Cotta (1920-2007). Scritti in memoria, Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto* (7), Milano, 2010
- SATTA S., *Il Diario di Tullio Ascarelli*, in "Quaderni del diritto e del processo civile", IV, 1970
- SATTA S., *Ait praetor*, in "Quaderni del diritto e del processo civile", III, 1970
- SCALFATI A., *I modelli introduttivi del giudizio*, in Aa.Vv., *La competenza penale del giudice di pace*, Milano, 2000
- SCERBO A., *Felice Battaglia. La centralità del valore giuridico*, Napoli, 1990
- SCHIRÓ S., *Il CSM è in balia delle correnti e i magistrati devono ammetterlo*, in <http://www.loccidentale.it>
- SEN A.K., *La disuguaglianza, un riesame critico*, Bologna, 2002
- SERRA T., *Diritti e democrazia tra eguaglianza e differenza*, in L.PALAZZANI (a cura di), *Il diritto tra uguaglianza e differenza di genere*, Torino, 2005
- SERRAO F., *Le fonti del diritto nella storia della costituzione romana*, in *Tradizione romanistica e costituzione*, Napoli, 2006
- SERRAO F., sub voce *Interpretazione della legge (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXII, Milano, 1972
- SGARBI V., *Vedere le parole. La scrittura d'arte da Vasari a Longhi*, Milano, 2005
- SGRECCIA P., *Origine e storia della bioetica in medicina e biologia*, Lezione tenuta il 16 febbraio 2009 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano al Corso di perfezionamento in "Bioetica" (IX edizione), inedito
- SHAKESPEARE W., *Il mercante di Venezia* (traduzione di S. Perosa), Milano, 2000
- SORGATO A., *Legge Pecorella: prime note. Tre autorevoli punti di vista*, in <http://www.penale.it>.
- SOTGIU G., *Codice penale RSFSR di Russia (prefazione)*, Roma, 1952
- SPANGHER G., *C'era una volta il processo penale...*, in "Diritto penale e processo", n° 9, 2002
- STEIN P., *I Fondamenti di diritto europeo*, Milano, 1987
- STORTI C.(a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici. Atti del Convegno di Como 17-18 novembre 2006*, Napoli, 2010
- TADDEI R., *Il codice penale sovietico*, Pa-Roma-Na, 1956



- TARCHI R., *Le leggi interpretative come strumento di dialogo (o di bisticcio?) fra Parlamento e giudici*, in "Foro it.", I, 1988
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980
- TILGHER A., *Diario politico 1937-1941*, Roma, 1946
- TILGHER A., *La filosofia di Leopardi*, Roma, 1940
- TILGHER A., *Eстетica. Teoria generale dell'attività artistica*, Roma, 1931
- TILGHER A., *La poesia dialettale napoletana. 1880 -1930*, Roma, 1930
- TILGHER A., *Analisi dei concetti di delitto e di pena*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino, 1928
- TILGHER A., *Deduzione della legge e del diritto*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*, Torino, 1928
- TILGHER A., *Etica e Gnoseologia*, in A. TILGHER, *Saggi di Etica e Filosofia del Diritto*. Torino, 1928
- TILGHER A., *Le antinomie della filosofia del diritto*, in A. TILGHER, *Saggi di etica e filosofia del diritto*, Torino, 1928
- TILGHER A., *Lo spaccio del bestione trionfante. Stroncatura di Giovanni Gentile. Un libro per filosofi e non filosofi*, Torino, 1925
- TILGHER A., *Studi sul teatro contemporaneo*, Roma, 1923
- TILGHER A., *La visione greca della vita*, Roma, 1922
- TILGHER A., *Voci del tempo. Profili di letterati e filosofi contemporanei*, Roma, 1921
- TILGHER A., *Relativisti contemporanei*, Roma, 1921
- TILGHER A., *Arte, Conoscenza e Realtà*, Torino, 1911
- TORRENTE A. e SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2007
- TRABUCCHI A., sub voce *Analogia (diritto)*, in L'Enciclopedia, vol. 1, Torino, 2003
- TROPER M., in *Cos'è la filosofia del diritto*, Milano, 2003
- TRUJILLO I., *Imparzialità*, Torino 2003
- URSO M., *Dalla teoria generale del diritto alla teoria del diritto*, in F. VIOLA e M. URSO, *Scienza giuridica e diritto codificato*, Torino, 1989
- VALITUTTI S., *Adriano Tilgher nel primo centenario della nascita*, in G.F. LAMI (a cura di), *Adriano Tilgher. Manifestazioni del centenario*, Milano, 1992
- VASSALLI G., sub voce *Analogia nel diritto penale*, in Noviss. Dig. Ital., vol. I, Torino, 1957
- VASSALLI G., sub voce *Analogia nel diritto penale*, in Digesto delle discipline penalistiche, vol. I, Torino, 1987
- VELLUZZI V., *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in P. NERHOT (a cura di), *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società italiana di filosofia del diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, Napoli, 2009
- VELLUZZI V., *La distinzione tra analogia giuridica e interpretazione estensiva*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006
- VELLUZZI V., *Sulla nozione di "interpretazione giuridica corretta" (e su i rapporti con l'interpretazione estensiva)*, in "Cassazione Penale", nn° 7 e 8, Milano, 2004
- VERGINE F., *I rapporti tra l'azione penale del pubblico ministero e l'azione penale privata*, in *Il giudice di pace. Quaderni*, Milano, 2007
- VELLUZZI V., *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002
- VELLUZZI V., *Alcune considerazioni su ragionamento analogico e diritto positivo*, in *Analisi e Diritto*, Torino, 1997
- VELLUZZI V., *Analogia giuridica ed interpretazione estensiva: usi ed abusi in diritto penale*, Siena, 1996
- VERDE G., *Giurisprudenza costituzionale e prassi delle leggi interpretative*, in *Le leggi di interpretazione autentica tra corte costituzionale e legislatore*, Torino, 2001
- VILLA V., *L'interpretazione giuridica fra teorie del significato e teorie della verità*, in M. MANZIN e P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense. Il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Milano, 2006

- VINCENTI U., *La struttura argomentativa del diritto occidentale*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI e F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2004
- VIOLA F., *La legge naturale come ricerca comune del bene (postfazione)*, in S. SIBILLA (a cura di), *La legge naturale tra etiche, diritti e culture*, Taranto, 2009
- VIOLA F., *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in "Diritto privato", VII-VIII, 2001-2002
- VIOLA F., *H. Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. VIOLA, V. VILLA e M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974
- VIOLA F., *Ideologia e interpretazione del diritto nell'esperienza italiana*, in F. VIOLA, V. VILLA e M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974
- VIOLA P., *Storia moderna e contemporanea, il novecento*, Torino, 2000
- VIPIANO P. M., *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993
- VOGLIOTTI M., *Introduzione*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008
- ZANETTI G., *Uguaglianza*, in M. LA TORRE e G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto*, Catanzaro, 2000
- ZANETTI G., *La nozione di giustizia in Aristotele. Un percorso interpretativo*, Bologna, 1993

## GIURISPRUDENZA CITATA

1. Corte Cost., 12 febbraio 2010, n° 48
2. T.A.R. di Roma (Lazio), sez. II, 9 marzo 2010, n° 1119 e n° 1121
3. Corte d'Appello di Roma, 12 marzo 2010
4. Consiglio di Stato, sez. V, 13 marzo 2010, n° 1206
5. T.A.R. di Roma (Lazio), sez. II, 18 marzo 2010, n° 1239 e n° 477
6. Corte Cost., 18 marzo 2010, n° 107
7. Consiglio di Stato, sez. V, 20 marzo 2010, n° 1300 e n° 1302
8. Cass., sez. un., 1 ottobre 1980, n° 5330
9. Cass., sez. lav., 8 ottobre 1990, n° 9899
10. Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 1995, n° 22
11. Cass. civ., sez. un., n° 14814
12. Cass. pen., sez. V, 3 luglio 1991
13. Cass. pen., sez. V, 4 luglio 2008, n° 34599
14. Cass. civ., 31 marzo 1987, n° 3097
15. Cass. pen., sez. III, 9 gennaio 2009, n° 15708
16. Cass. pen., sez. VI, 13 marzo 2006, n° 17566
17. Cass., sez. unite, 25 ottobre 2005, n° 41936
18. Pretore di Milano, 3 aprile 1995
19. Corte Costituzionale, 12 gennaio 1971, n° 49,
20. Corte Cost., 26 gennaio 1957, n° 3 e n° 28
21. Corte Cost., 25 marzo 1985, n° 113
22. Corte Cost., 23 maggio 1989, n° 389
23. Cass. Pen., sez. V, 3 luglio 1991
24. Cass. Civ, sez. LL, 24 luglio 1990, n° 7494
25. Cons. Stato, adun. plen., 20 febbraio, 1985, n° 2
26. Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2009, n° 27862
27. Cass. pen., sez. VI, 11 dicembre 2007, n° 15396
28. Cass. pen, sez. I, 2 aprile 1992
29. Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 1991
30. Cass. pen., sez. I, 21 maggio 2008, n° 31456
31. Corte Cost., 6 febbraio 2007, n° 26
32. Corte Cost., 10 luglio 2007, n° 320
33. Corte Cost., ord. 18 gennaio 2008, n° 3
34. Cass. pen., sez. IV, 25 ottobre 2006
35. Cass. pen., sez. II, 12 aprile 2007
36. Cass. pen., sez V, 26 giugno 2007
37. Cass. pen., sez. II, 12 giugno 2007
38. Cass. pen., sez. IV, 19 aprile 2007
39. Cass. pen., sez. V, 3 maggio 2007
40. Cass. pen., sez V, 15 gennaio 2007
41. Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2008
42. Corte Cost., 29 luglio 1992, n° 381
43. Cass. pen., sez. II, 7 giugno 2006, n° 19575
44. Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2008, n° 25695
45. Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2005
46. Cass. pen., sez. IV, 27 maggio 2004
47. Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2008 n° 25695
48. GUP Tribunale di Ferrara, 15 febbraio 2007, n° 72, inedita
49. Corte d'Assise d'Appello di Bologna, 27 febbraio 2008, n° 6, inedita