



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2022

AMILCARE D'ANDREA

Interpretazione e analogia nel giudizio penale. Tra ius ed estetica?

ABSTRACT - The analysis of this paper aims to highlight the positions in the history of the interpretation of law (between the philosophy of language, doctrine and jurisprudence) and the crisis of the Italian principle of “*determinatezza-tassatività* of criminal offences”. This principle can also have a source in the simple change of history, of the contexts and thoughts. Responsibility for the legal control of changes does not exempt the politician-legislator. In the analysis of criminal law, the reflection that emerges concerns the limit relationship between analogy, interpretation and new norm. After an initial historical reconstruction, with particular attention to the 20th century, it can be seen how the interpreter's activity is overwhelmed by an ever faster and more vigorous evolution, following “judicial Europeanism” and globalization. How much and how this activity affects the reform work of the politician-legislator, can be found in a pleasant digression on the questions in the comparison between aesthetics and law.

KEYWORDS - criminal law - interpretation in law - legal hermeneutics - constitutionalism - aesthetics - philosophy of law

AMILCARE D'ANDREA*

Interpretazione e analogia nel giudizio penale. Tra ius ed estetica?**

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *L'evoluzione dell'ermeneutica penalistica nel Novecento.* - 3. *L'ermeneutica giuridica come discorso e procedura.* - 4. *Insufficienza del sillogismo: argomentazione giuridica.* - 5. *Verso un nuovo concetto di analogia tramite la determinatezza-tassatività?* - 6. *Analogia versus interpretazione.* - 7. *Precomprensione, non pregiudizio, nell'attività del giudice sensibile.* - 8. *Criptoanalogie e analogie al rovescio: l'attività del giudice scientificamente onesto e l'approccio costituzionalistico.* - 9. *Tra estetica e diritto?* - 10. *Sensibilità giuridica e arte.*

1. *Premessa*

L'analisi del presente lavoro intende evidenziare, attraverso l'evoluzione storica delle maggiori branche metodologiche del ragionamento giuridico, il flebile *discrimen* tra attività interpretativa e analogica nel diritto penale. Le posizioni a riguardo nella storia dell'analisi dell'interpretazione del diritto (tra filosofia del linguaggio, dottrina e giurisprudenza) non sono sempre state corrispondenti, e la crisi del principio di determinatezza-tassatività può anche avere fonte nel semplice mutare della storia, dei contesti e dei pensieri. La responsabilità del controllo giuridico dei cambiamenti non esime il politico-legislatore: nell'analisi del diritto penale, la riflessione che emerge, tra procedimenti deduttivi ed abduttivi, interessa il rapporto-limite tra analogia, interpretazione e (nuova) norma. Attraverso una breve ricostruzione storica, con particolare attenzione al XX secolo, si può notare come l'attività dell'interprete venga travolta da un'evoluzione sempre più veloce e vigorosa, a seguito del fenomeno dell'eupeismo giudiziario e della globalizzazione. Quanto e come questa attività interessi l'opera di riforma del politico-legislatore, è rinvenibile in una piacevole digressione sugli interrogativi che emergono dall'uso dell'analogia in campo penale, formalmente vietata dal secondo comma dell'art. 25 della Costituzione, dall'art. 1 del Codice penale e dall'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale (Preleggi).

* Dottore di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato presso l'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli* e l'Università di Nantes (Francia).

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Come ricostruisce O. Di Giovine¹, partendo dalle parole del Carrara, vediamo, ad esempio, il valore della certezza, identificato con l'interpretazione letterale, racchiudere l'impostazione che possiamo definire illuministica: se «al cittadino si vuole rimproverare che violò la legge, si deve strettamente aderire alla lettera, poiché il privato non ebbe coscienza di delinquere dove la lettera era muta, e ad esso non correva l'obbligo di andare più in là della lettera [...] Non si punisca l'azione che non è colpita dalla lettera quantunque a voi sembri essere nello spirito, perché manca nell'agente la volontà criminosa; non si punisca l'azione che il legislatore non volle colpire, quantunque cada sotto la lettera, perché vi manca la volontà del legislatore»². Si avverte una continuità con le parole altisonanti di Beccaria: «Non vi è cosa più pericolosa di quell'assioma comune, che bisogna consultare lo spirito della legge. Questo è un argine rotto al torrente delle opinioni. Questa verità, che sembra un paradosso alle menti volgari, più percossa da un piccolo disordine presente, che dalle funeste ma remote conseguenze che nascono da un falso principio radicato in una nazione, mi sembra dimostrata. Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano, e ne partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista; ciascun uomo in differenti tempi ne ha uno diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione; dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso, e da tutte quelle minute forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo»³.

Ma le posizioni assunte dalla letteratura penalistica non sono rimaste sempre legate a questa impostazione, a seguito dell'emergere della crisi della dogmatica e della "globalizzazione" del diritto, nonché nelle difficoltà, parafrasando W. Hassemer, della realizzazione di un *linguaggio corretto per un diritto giusto*⁴. Vediamo come si sono evoluti gli orientamenti dottrinali sul rapporto tra attività interpretativa e analogia.

¹ O. DI GIOVINE, *Interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, 26 ss.

² *Ibidem.* F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, I, Tipografia Giusti, Lucca, ed. IV, 1874 (or. 1764), § 890, nota 1.

³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di R. FABIETTI, Mursia, Milano, 1973, 12-13.

⁴ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997.

2. L'evoluzione dell'ermeneutica penalistica nel Novecento

Autore particolarmente attento al tema delle garanzie, Girolamo Bellavista, come ricostruisce O. Di Giovine, stabilisce che, accanto ad alcuni mezzi interpretativi di teoria generale validi per tutti i settori, ce ne siano altri per il diritto penale che non possono convergere, e altri che, sempre nel diritto penale, hanno fisionomia originale. Riferendosi all'interpretazione in generale, parte dalla necessità di considerare la *mens legis* e non la *mens legislatoris*: «La legge è da interpretare per sé medesima, come incorporante una volontà propria»⁵. Si confuta la massima *in claris non fit interpretatio*: tutte le leggi indiscriminatamente sono soggette ad interpretazione⁶. L'Autore disconosce il carattere creativo dell'interpretazione: «Quando si dice che nell'applicare la legge al caso particolare il giudice è tratto fatalmente a piegarla, correggerla, completarla, ci pare si trascuri che è la legge che consente, per la sua naturale flessibilità, che può farla assomigliare al regolo lesbio, all'interprete la distensione del suo contenuto, l'adattamento dell'astratto al concreto. Ora, la possibilità di adattamento è anzitutto conoscenza del contenuto, e quindi non si capisce il perché di una indole creativa evidentemente fondata sull'equivoco delle proposizioni: adattamento = creazione»⁷.

Nel diritto penale, si afferma così la legittimità dei mezzi di interpretazione *letterale* (distinto negli elementi *sintattico*, *grammaticale* e *giuridico-terminologico*) e *logico* (i cui singoli elementi costitutivi sono: il *teleologico*, nel cui ambito un ruolo preminente è giocato dalla ricerca e dall'impiego del bene giuridico, nonché dell'eterointegrazione del diritto penale tramite il metodo *sistematico* e *storico politico*)⁸.

Per quanto riguarda l'analogia nel suo rapporto con l'attività interpretativa, Bellavista è consapevole delle lacune volontarie e involontarie dell'ordinamento, e tuttavia nega al procedimento analogico il carattere creativo del diritto: l'analogia «non è affatto creazione di diritto nuovo [...], ma scoperta del diritto esistente, meglio, sviluppo del diritto esistente [...] Niente di suo *crea* l'interprete che obbedisce ad un mandato

⁵ G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, Giuffrè, Milano, 1936, (ristampa inalterata 1975), 17, in O. DI GIOVINE, *Interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 27 ss.

⁶ *Ivi*, 18.

⁷ *Ivi*, 28.

⁸ *Ivi*, 45 ss.

speciale della legge che lo autorizza a cercare nel suo stesso ambito, e non fuori, qualche norma che, regolando per avventura un caso simile al nuovo non si presti, se del caso, a disciplinare quest'ultimo»⁹.

Il divieto di analogia si rivolge «non a qualunque legge penale, ma solo a quella che comporta privazione della libertà del cittadino [...] investe le leggi penali *in bonam partem* che tuttavia siano eccezionali, nel senso che sono state introdotte nell'ordinamento *contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem*: che cioè contrastano con i principi generali dell'ordinamento»¹⁰.

Queste concezioni hanno portato Autori come Giuliano Vassalli a dare per scontata la differenza tra interpretazione e analogia¹¹. L'intera sua indagine verte sul concetto di legge eccezionale e parte dalla premessa che la ragione del divieto di analogia di leggi eccezionali risiede nella loro contrarietà ai principi generali dell'ordinamento giuridico¹², fino a catalogare le diverse tipologie di leggi penali, per verificare la natura eccezionale o meno di ciascuna di esse. Si respinge l'idea di Rocco per cui qualunque norma incriminatrice rappresenterebbe un'eccezione alla regola della libertà e suggerisce di distinguere caso per caso: come esempi di norme eccezionali abbiamo le fattispecie che incriminano l'istigazione in deroga al principio dell'art. 115 c.p., quelle che puniscono gli attentati in deroga al principio dell'art. 56 c.p., etc.¹³. Viene ammessa con risoluzione, invece, l'analogia in rapporto alle cause di esclusione dell'imputabilità, che rappresentano applicazione del principio generale espresso all'art. 85 c.p.¹⁴.

Non è nell'analisi dell'interpretazione ma nell'interpretazione della parola, dei sintagmi e degli enunciati che si pone la questione della distinzione/non distinzione tra interpretazione estensiva e analogia.

«Nel diritto l'analogia ha lo scopo di estendere, a un caso non espressamente regolato, la disciplina espressamente prevista per uno o più casi con cui il primo ha in comune una o più proprietà rilevanti (in virtù di cui i casi hanno una somiglianza rilevante)»¹⁵. In proposito, N. Bobbio e M.

⁹ *Ivi*, 119 ss.

¹⁰ G. BELLAVISTA, *L'interpretazione della legge penale*, 136 ss., 139 ss.

¹¹ G. VASSALLI, voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 1987, I, 158 ss. O. DI GIOVINE, *Interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, cit., 31.ss.

¹² G. VASSALLI, *Limiti del divieto d'analogia in materia penale*, 1942, Milano, 27-31.

¹³ *Ivi*, 71 ss.

¹⁴ *Ivi*, 92 ss.

¹⁵ G. TUZET, *La storia infinita. Ancora su analogia e interpretazione estensiva*, in *Criminalia*, 2011, 508, sviluppando questa idea in G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma, 2010, cap. 5. L'Autore rinvia anche a D. CANALE - G. TUZET, *The A Simili Argument: An Inferentialist Setting*, in *Ratio Juris*, vol. 22, 2009, 499-509; N. BOBBIO, *L'analogia*

Boscarelli non si tengono eccessivamente lontani dall'inserire l'analogia nel concetto di interpretazione estensiva, come fece Bellavista: per loro l'analogia si sovrappone all'interpretazione estensiva, ascrivendo ad entrambe la medesima natura.

Nell'*Analogia nella logica del diritto*, Bobbio afferma: «L'analogia è dunque interpretazione nel senso più genuino della parola, perché riproduce, non ripetendo ma svolgendolo, il nucleo stesso della norma, configurato nella sua ragione sufficiente; e non va oltre al sistema, ma vi rimane dentro, contribuendo a raffigurare il sistema giuridico come un organismo che cresce e si sviluppa, ma sempre per forza interiore, e non esce mai, perché non lo può, fuori di esso»¹⁶. In particolare, sulla natura logica dell'analogia, viene detto: «Essa non è mezzo di creazione [...] [ma è] creazione ogni attività spirituale che non ripete mai meccanicamente un atto precedente, ma rifacendolo lo innova, ripensandolo lo sviluppa, ricreandolo lo modifica; è creazione, così com'è creazione l'interpretazione stessa [...] Ciò non toglie che all'interpretazione non possa riconoscersi carattere di creazione in senso stretto, tra le due intercorrendo lo stesso rapporto che c'è tra l'attività del musicista e quella del trascrittore»¹⁷.

Da questo discende anche la negazione della differenza tra analogia e interpretazione estensiva: «O la distinzione tra interpretazione estensiva e analogia non ha senso perché ogni criterio differenziatore si dimostra vano e allora interpretazione estensiva e analogia sono la stessa cosa; o essa ha senso soltanto in conseguenza del fatto che si relega l'analogia al di fuori del suo significato proprio, e allora ancora una volta interpretazione estensiva e analogia in senso proprio sono la stessa cosa»¹⁸.

In questa presa di posizione alquanto assiologica, la sola forma di analogia permessa sarebbe semplicemente una cosiddetta *pseudo-analogia* (definita così dall'Autore in senso denigratorio) che «trascenderebbe nel mero arbitrio, irrispettoso di una tensione verso la certezza che Bobbio considera un obiettivo pur sempre realizzabile»¹⁹.

nella logica del diritto (1938), a cura di P. DI LUCIA, Giappichelli, Torino, 2006; ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Torino, 1994, cap. 1; L. CAIANI, *Analogia*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1958, 348-378; G. CARCATERRA, *Analogia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 2, Treccani, Roma, 1988, 1-25; L. GIANFORMAGGIO, *Analogia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, vol. 1, Utet, Torino, 1987, 320-329.

¹⁶ N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Torino, 1938, 134.

¹⁷ *Ivi*, 133-136.

¹⁸ *Ivi*, 150.

¹⁹ O. DI GIOVINE, *Interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè,

Anche Boscarelli riteneva inconciliabile analogia e certezza del diritto. A seconda dei casi, si basa su un procedimento logico induttivo o deduttivo: «L'analogia appare come un ragionamento di certezza, contro l'opinione dei logici antichi e moderni che considerano l'analogia come un ragionamento di probabilità classificandola per lo più come induzione imperfetta»²⁰. Ammette anche che «l'applicazione rigorosa del procedimento logico non garantisce la certezza del risultato»²¹. L'analogia è dipinta come un procedimento assolutamente non creativo, bensì meramente interpretativo: «Se è vero che la *ratio* delimita i confini della norma legislativa [...] si deve concludere che mediante l'analogia non si trascende l'ambito della norma dalla cui *ratio* si argomenta, ma si constata, cogliendo la norma nella sua piena adeguatezza rispetto al fine che la giustifica, come il suo contenuto superi i limiti di ciò che è direttamente rappresentato dalla sua formula»²².

Si delinea, di conseguenza, la differenza tra interpretazione e analogia: se la prima «mette capo alla conoscenza di ciò che la formula immediatamente rappresenta», la seconda «invece, mette capo alla conoscenza di ciò che la formula vale a rappresentare solo in modo indiretto e riflesso»²³. Questa è l'unica diversità visibile, che comporta l'inesistenza di una dicotomia di fondo tra interpretazione estensiva e analogia. Conclude affermando che: «L'errore teorico e l'inosservanza del divieto costituiscono il prezzo della liberazione dalle pastoie di divieti di analogia, la cui assurdità, ove ve ne fosse bisogno, non potrebbe essere meglio illustrata che dall'impegno col quale, nell'atto del rendere nominalmente omaggio alla razionalità di quei divieti, si custodisce la formula che ne suffraga la violazione»²⁴, sempre nell'ottica del carattere esclusivamente logico del ragionamento giuridico.

Questo ha caratterizzato la forte critica di un raffinato giusfilosofo, L. Caiani, il quale si sottrae alle «suggestioni del formalismo giuridico e degli altri orientamenti (di matrice giuspositivistica, ma anche giusnaturalistica) a quel tempo dominanti, per riconoscere, senza mezzi termini, il carattere dinamico del diritto, nonché la presenza di scarti o lacune nell'ordinamento che non è possibile colmare in virtù di un mero atto logico, ma che

Milano, 2006, 40.

²⁰ M. BOScareLLI, *Analogia e interpretazione estensiva nel diritto penale*, Priulla, Palermo, 1955, 3.

²¹ *Ivi*, 7.

²² *Ivi*, 23.

²³ *Ivi*, 30.

²⁴ *Ivi*, 176.

impongono – nella prospettiva dell’eterointegrazione – il ricorso a giudizi teleologici»²⁵. Si comincia a negare, quindi, all’atto interpretativo la natura fissa di sillogismo deduttivo: «Invero, l’aspirazione ad un discorso interpretativo svolto secondo il rigoroso procedimento definitorio e sillogistico, cioè come una ricerca di carattere logico-formale, indifferente ad ogni contenuto di esperienza, può dirsi in fondo il motivo, esplicito o latente, di tutte quelle tendenze metodologiche che vorrebbero risolvere ogni problema e ogni dubbio interpretativo mediante l’esplicazione, in definitiva tautologica, di ciò che logicamente è già tutto contenuto o nella singola norma, o nel principio, o nel sistema, o nell’intero ordinamento»²⁶. L’analisi si conclude, dunque, nel segno di una distinzione davvero innovativa, che emancipa la *certezza* astratta e dottrinale, dalla *volontà* di un’interpretazione concreta e giudiziale, imponendo lo stesso divario che esiste tra certezza della volontà e certezza della conoscenza: «Nasce quasi spontaneamente il bisogno di una diversa certezza: di quella certezza che in fondo è più necessaria al soggetto concreto, e che quindi forse reclama più di ogni altra, quando la legge debba venire applicata nei suoi confronti. Cioè quando, all’insorgere della crisi processuale, la certezza astratta della legge debba tradursi nella certezza concreta della sentenza: momento in cui tutto può divenire ingiusto ed inumano, se non sia tenuto conto di quei motivi di valore e di questi elementi di fatto che sono propri di quella situazione e di quel particolare soggetto»²⁷. In sintesi, questo mostra, però, semplicemente una giustificazione generale di filosofia del diritto, orientata verso l’ordinamento giuridico in generale. Non è così “generale”, invece, ricorda Di Giovine, nelle analisi di A. Kaufmann. Il suo discorso è immerso in particolare nel diritto penale.

3. *L’ermeneutica giuridica come discorso e procedura*

Nel lavoro di A. Kaufmann «*Analogia e natura della cosa*» si apprezza ancora una fuoriuscita dallo «schema asettico del sillogismo»²⁸ che, partendo dall’analisi dell’analogia, ha rivoluzionato anche la stessa concezione di interpretazione della legge penale. Come ricostruisce O. Di Giovine, tralasciando l’analisi sul tipo «come entità intermedia e di raccordo

²⁵ O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 47.

²⁶ L. CAIANI, *I giudizi di valore nell’interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova, 1954, 146.

²⁷ *Ivi*, 290 ss. O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 49.

²⁸ O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 49.

tra il concetto ed il fatto» per «ancorare alle esigenze della realtà il potere normativo del legislatore»²⁹, il percorso di Kaufmann è affascinante anche in quanto mostra lo stretto legame tra la filosofia del diritto, la filosofia del linguaggio, la dottrina e l'interpretazione del diritto penale, e come il ragionamento logico-sillogistico sia utile, ma non sufficiente al risultato giudiziario³⁰.

Il punto di partenza è la vaghezza intrinseca del linguaggio: «Possono essere univoci solo i concetti vuoti di senso (a rigore sono tali solo i concetti matematici), mentre laddove ne venga ricavato un senso, non si tratta più di concetti univoci, bensì analoghi»³¹. Successivamente specifica: «Il concetto analogo presenta, da un lato, un elemento di unità, un nucleo fisso, altrimenti per il suo tramite non si potrebbe capire alcunché; ma, dall'altro lato, esso deve essere anche in grado di accogliere differenti significati [...], altrimenti gli mancherebbe la capacità di tenere avvinto il simile molteplice»³². Nella sua analisi si rileva inoltre come «sebbene in nessun ordinamento giuridico il divieto di analogia sia preso davvero sul serio, nondimeno l'introduzione di un divieto tassativo di analogia si tradurrebbe proprio in un divieto di interpretazione, sulla cui completa inefficacia ci ammaestra l'esperienza storica»³³. Il diritto non pone né identità né differenza, ma «coappartenenza di identità e differenza»³⁴, una unità relazionale tra ontologia e deontologia. Il diritto è, quindi, analogia³⁵.

Kaufmann «critica il *topos* secondo cui l'analogia sarebbe un argomento orizzontale "dal particolare al particolare"»³⁶, quando invece conduce al particolare attraverso l'universale: afferma quindi la natura induttiva del ragionamento³⁷. Allora: «Ogni conoscenza del diritto è invenzione del diritto [...] L'accertamento che il fatto storico corrisponde al fatto normativo è sempre una decisione teleologica. Infatti, ciò che veramente conta in ogni caso non è la pura lettera della legge, bensì il suo spirito [...] Ogni applicazione della legge è già un'interpretazione, in

²⁹ O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 50.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ A. KAUFMANN, *Analogia e "natura della cosa". Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, 15.

³² *Ivi*, 45 ss.

³³ *Ivi*, 16.

³⁴ *Ivi*, 31, definizione di M. HEIDEGGER, *Identità e differenza*, in "Aut-aut", 187/188, 1982 (or. 1957), 2 ss.; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 50.

³⁵ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., 31 ss.

³⁶ O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 51.

³⁷ A. KAUFMANN, *Analogia e natura della cosa*, cit., 49.

quanto già la decisione che il testo della legge è così univoco da rendere superflua una spiegazione, si basa su un'interpretazione [...] L'invenzione del diritto non è mai un'attività meramente sussuntiva»³⁸. Nel rapporto tra norma e fatto, da un lato il fatto storico si adegua alla norma: «La sussunzione non viene intesa come sillogismo logico, bensì come disamina di un determinato fatto storico da un punto di vista normativo»³⁹; dall'altro, la norma si adegua al fatto storico: «Anche il senso legale non è affatto immutabile; esso si trasforma – pur restando invariata la formulazione letterale – con i fatti storici, e cioè con la vita stessa»⁴⁰. La natura logica del procedimento analogico è quindi uguale alla cosiddetta interpretazione teleologica, dalla quale si differenzia solo in base al grado dell'*extensio*. «Anche la comune sussunzione è analogia»⁴¹.

Compreso che per Kaufmann il procedimento analogico è alla base dell'applicazione stessa del diritto, ritorniamo alla sua considerazione sull'insufficienza del sillogismo nel ragionamento giudiziario, concludendo che: «Il Pensiero analogico [...] non ha carattere logico-formale. Ma non per questo è illogico, non rigoroso, confuso, né si tratta di un circolo vizioso del pensiero. Esso è un pensiero pre-logico. Vista nella prospettiva della logica, la conclusione che muove dalla "natura della cosa", la conclusione analogica è un pre-giudizio. Ma senza pregiudizi non si danno giudizi logici. Prima di ogni giudizio logico c'è il pensiero reale»⁴². Kaufmann rivoluziona l'ermeneutica giuridica come *discorso e procedura*. Il *discorso* vive di *ratio* ed ermeneutica, come *logica* del domandare ma, non meno, del verificare. Si intravedono le ragioni, gli elementi che costituiscono, per Kaufmann, il *discorso pratico*: argomentazione, consenso come convergenza, e fallibilità, dovrebbero avere lo statuto di *pilastri* del *discorso pratico*, a garantire di questo, ad un tempo, scientificità e ragionevolezza⁴³.

Forse con eccessiva rigidità, è possibile rivolgere una forte critica alla dualità tra ontologia e deontologia, che spesso tende ad evitarne il confronto, e che rischia di confinare la filosofia del diritto anche fuori dalle conquiste del materialismo post-hegeliano: la precarietà dell'ontologia e dell'ermeneutica, in quanto compiuta nella modernità esclusivamente nella dualità stessa dell'essere e dover essere, va integrata con discorsi provati da

³⁸ *Ivi*, 53-54.

³⁹ *Ivi*, 54.

⁴⁰ *Ivi*, 55.

⁴¹ *Ivi*, 56.

⁴² *Ivi*, 76.

⁴³ A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, (a cura di G. MARINO), Giuffrè, Milano, 2003, Presentazione di G. Marino, XLII ss.

esperimenti di giustizia, in una sorta di *filosofia materiale della giustizia*, dottrina etica e procedurale fondata sulla persona. Il discorso pratico diventa discorso di giustizia.

Questa impostazione sarà fondamentale per ricordare il distacco da "storico" con cui si prosegue in questa ricostruzione e il velo che la copre continuamente, inevitabilmente avvicinandoci e sensibilizzandoci: «L'oggetto di ogni discorso di giustizia non è l'uomo puramente empirico, e, certo, neanche l'uomo puramente *noumeno*, bensì l'uomo come persona, vale a dire come complesso di rapporti, nei quali l'uomo sta in relazione ad altri uomini e alle cose. Sotto ogni riguardo l'ordinamento ha il carattere della relazione [...] Beninteso la persona è relazione, e precisamente l'unità strutturale di *relatio* e *relata*. In questo senso la persona è il come ed il cosa, soggetto ed oggetto del discorso normativo, ma non qualcosa di statico e atemporale [...] Pur nella sua forma storica dinamica essa non è, a piacere, disponibile»⁴⁴.

4. *Insufficienza del sillogismo: argomentazione giuridica*

L'interpretazione giudiziaria identificata nel sillogismo si manifesta evanescente nel momento in cui il caso "difficile" offusca le premesse maggiori e minori. L'evoluzione della filosofia del diritto ha dimostrato come il ragionamento giudiziario sia una forma di ragion pratica, dove la mera inferenza deve fare spazio al paradigma della giustificazione. Il diritto, infatti, non è una pratica isolata, ma una sintesi di interrelazioni, anche con l'etica e la politica⁴⁵. Questo ha delle ripercussioni sul ragionamento giudiziario. D. Hume osserva: «In ogni sistema morale in cui mi sono imbattuto, ho sempre trovato che l'autore va avanti per un po' ragionando nel modo più consueto, e afferma l'esistenza di un Dio, o fa delle osservazioni sulle cose umane; poi, tutt'a un tratto, scopro con sorpresa che al posto delle abituali copule 'è' (*is*) e 'non è' incontro solo affermazioni in termini di 'deve' (*ought*) e 'non deve': cambiamento impercettibile, ma della più grande importanza. Infatti, dato che questi

⁴⁴ Ivi, saggio, *La filosofia del diritto oltre la modernità*, 305 ss., titolo originale: A. KAUFMANN, *Die Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit, Abschiedsvorlesung*, Heidelberg, 1990, 40-41.

⁴⁵ Rosenfeld sottolinea la differenza tra etica e diritto, dove la prima cerca di promuovere vincoli interni, mentre il secondo si concentra su vincoli esterni: senza esigere che il sé interiorizzi la prospettiva dell'altro, il diritto si limita ad esigere il rispetto del proprio punto di vista, riconoscendo contemporaneamente quello degli altri. M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, Il Mulino, Bologna, 2000, (or. 1998), 123 ss.

‘deve’ o ‘non deve’ esprimono una nuova relazione o una nuova affermazione, è necessario [...] spiegarli: occorre cioè fornire una ragione per ciò che sembra del tutto inconcepibile, ovvero che una nuova relazione possa costituire una deduzione da relazioni completamente differenti. Poiché, peraltro, gli autori non seguono abitualmente tale precauzione, mi permetto di raccomandarla ai lettori: e sono convinto che un minimo di attenzione in proposito rovescerà tutti i comuni sistemi di morale»⁴⁶. La c.d. *legge di Hume* (non si può ricavare il dover essere dall’essere), ricorda Di Giovine, indicherebbe anche la necessità di ricavare le norme dalle proposizioni mediante argomentazione. L’indagine sul diritto come discorso pratico ha portato a ricercare ferme condizioni per la validità del discorso giuridico.

Il ragionamento logico-deduttivo fa luce anche sui passi intermedi necessari per motivare la decisione concreta mediante la norma generale⁴⁷. La teoria dell’argomentazione giuridica di Alexy, muovendosi tra le analisi di Engisch, Perelman, Wittgenstein, Austin, Habermas, riprendendo la distinzione di Wroblewsky, pone in evidenza, ricorda O. Di Giovine⁴⁸, come i discorsi giuridici siano sottoposti ad una giustificazione *interna* (o sillogismo giuridico) e una giustificazione *esterna*⁴⁹, la quale non nega la rilevanza del sillogismo, ma è giustificazione (non sillogistica) delle premesse del sillogismo⁵⁰. La prima, tramite il principio di universalizzabilità, impone attenzione alla norma che enunci l’obbligo di trattare in un certo modo tutti gli esseri di una categoria determinata; la seconda, con l’ausilio di alcune regole – interpretazione della legge, argomentazione dogmatica, impiego dei precedenti, argomentazione pratica generale, argomentazione empirica, forme argomentative giuridiche speciali⁵¹ - fonda le premesse non deducibili direttamente dal diritto positivo. In sintonia con Engisch, R. Alexy non nega che la ricerca delle premesse, che possono risiedere o non risiedere nelle norme o nelle

⁴⁶ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, Laterza, Bari, 1982, (or. 1739-1740), 496 ss.

⁴⁷ Si veda U. NEUMANN, 2010, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 49-70. Il modello logico-deduttivo, attraverso “integrazioni nei passaggi intermedi”, permette alle regole di concretizzazione dei concetti legali di dedurre la motivazione delle singole premesse, manifestandosi dal punto di vista semantico una limitazione che si esprime nella distinzione tra motivazione «interna» e «esterna».

⁴⁸ O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale*, cit., 60 ss.

⁴⁹ Cfr. J. WROBLEWSKI, *Meaning and truth in Judicial Decisions*, A-TIETO Oy, Helsinki, 1983.

⁵⁰ Cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁵¹ R. ALEXY, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Giuffré, Milano, 1998 (or. 1978), 183.

proposizioni empiriche, caratterizza la parte più difficile e necessaria di attenzione nell'argomentazione⁵².

L'analogia, quindi, può essere vista sotto una nuova prospettiva: «Essa rappresenterebbe un'inferenza logica valida, ma il problema è caratterizzato dalla giustificazione della *valutazione* che è alla sua base: per la quale sono permessi tutti gli argomenti possibili nel discorso giuridico»⁵³. Anche nei confronti dell'analogia vi è quindi la necessità di ricorrere agli argomenti della ragion pratica⁵⁴.

Dato il carattere pratico del ragionamento giuridico, il problema dell'interpretazione non può completarsi nella struttura logica di esso, nella sua giustificazione *interna*, ma necessita della ricerca delle premesse del ragionamento, della giustificazione *esterna*, volgendo attenzione al metodo, per assicurare la democraticità del risultato attraverso la più ampia condivisione da parte dei destinatari⁵⁵. «L'unica fonte post-metafisica della legittimità è evidentemente offerta dal principio democratico di produzione giuridica»⁵⁶.

La manualistica universitaria, che semplifica il "catalogo" dell'interpretazione a letterale, storica, teleologica, ecc., si manifesta come un semplice omaggio ad una tradizione didattica (in mancanza anche del contesto per approfondire) di carattere maggiormente retorico: «Non esistono in realtà principi fissi per la soluzione meccanica di questi problemi. Tutti i problemi logici di interpretazione sono logici nel senso che possono essere accertati mediante un'analisi logica del contenuto della legge. Però essi non sono logici nel senso che possono essere risolti con l'ausilio della logica o di principi di interpretazione che operino automaticamente. *Lex specialis*, *lex posteriori* e *lex superior* non sono assiomi, ma sono principi di importanza relativa cooperanti nell'interpretazione con altre considerazioni, in particolare con la valutazione del miglior modo di

⁵² *Ivi*, 182. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 60 ss.

⁵³ *Ivi*, 220 ss.

⁵⁴ Naturalmente, i criteri di giustificazione hanno subito interessanti critiche, consistenti spesso nella pretesa, di matrice kantiana, di «"normativizzare" la morale», edificando la ragion pratica sul modello della ragion pura. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 61, nota 188. Cfr. G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in ID., *L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, CEDAM, Padova, 1990, 27; ID., *Complessità della ragione giuridica*, in ID., *Questioni di interpretazione*, CEDAM, Padova, 1996, 18 ss.

⁵⁵ R. ALEXI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., 220 ss.

⁵⁶ J. HABERMAS, *Fatti e Norme*, trad. it. di L. CEPPEA, Laterza, Bari, 2018, 502.

raggiungere l'armonia, rispetto al senso comune, alla coscienza giuridica popolare o a presunti obiettivi sociali»⁵⁷.

5. Verso un nuovo concetto di analogia tramite la determinatezza-tassatività?

L'importanza di un linguaggio corretto permette, tramite l'introduzione della determinatezza, di definire un nuovo concetto di analogia. In sostanza, nel diritto penale, in virtù del ben radicato principio *nulla poena sine lege*, il testo assume un rilievo più forte nella sua concezione di mezzo ineliminabile per il diritto e per la legge. Ciò che ha validità è fissato in forma scritta. Al di là delle sentenze e dei sistemi di diritto giurisprudenziale, l'appartenenza ad un sistema di "codificazione" garantisce l'esplicazione del principio *nulla poena sine lege* dando efficacia alla separazione dei poteri, avvalendosi, però, di risposte flessibili da parte del moderno legislatore ai cambiamenti sociali.

Il testo racchiude il processo di concretizzazione, mentre controlla al contempo la decisione giudiziale: diventa «la pietra di paragone per una politica del diritto che si situi nell'ambito dello stato di diritto»⁵⁸. Tuttavia, il diritto, oltre al linguaggio scritto, «ovvero testo, è anche linguaggio parlato, scena»⁵⁹. Nell'eredità di Kaufmann, l'ermeneutica può ricomprendere il concreto svolgersi del processo, tra comprensione testuale e scenica⁶⁰, nel *teatro sociale del reato*. «Dove ha termine il linguaggio inizia la violenza, e l'avvento della violenza può essere impedito fintanto che il linguaggio è all'opera. Se si parla di 'esecuzione' della decisione giuridica – termine quest'ultimo dalla connotazione vagamente intimidatoria – non si deve necessariamente pensare ai colpi sparati da un poliziotto oppure all'arresto compiuto dall'ufficiale giudiziario: è lecito infatti sperare che nella vita quotidiana le decisioni giudiziali si affermino mediante la comunicazione, la comprensione e l'osservanza delle stesse. Tale è il rapporto tra diritto e linguaggio osservato dal punto di vista esterno, considerando cioè l'interazione del diritto col mondo che esso deve

⁵⁷ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 2001 (or. 1958), 127; H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002 (or. 1961), 149; O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale*, cit., 69, nota 218.

⁵⁸ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 172.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, 173.

giudicare e regolare»⁶¹. Dal punto di vista interno, invece, la cementificazione del rapporto tra linguaggio e diritto, a cui conseguono determinatezza e tassatività, avviene tramite una codificazione delle regole fondamentali che garantisca la divisione dei poteri.

Questa peculiarità del *civil law* non è paragonabile alla forza del *precedent* (inteso come decisione di analoghi casi concreti), che è anch'esso linguaggio, ma non caratterizzato da ricerca di correttezza, precisazione e determinazione tramite fusione, da una parte, della teoria del metodo e del diritto, e dall'altra della dogmatica come «imponente attività tesa a determinare il significato di segni linguistici»⁶².

Il diritto penale, codificatore delle regole sociali più radicate nella nostra natura, nell'attuazione di cambiamenti normativi, può trasmettere nella realtà antropologico-giuridica instabilità e malcontento popolare. Le conseguenze giuridiche di un procedimento penale sono date da sanzioni dure quali privazione della libertà personale, interdizione dai pubblici uffici, confische di denaro o altri beni patrimoniali sotto forma di pena pecuniaria, sospensione della patente, sospensione del diritto di voto attivo e passivo. Inoltre, già durante lo stesso processo possiamo avere la custodia cautelare, il controllo e l'intercettazione telefonica, la perquisizione, il ricovero ospedaliero coatto, il sequestro dei beni. L'importanza di queste conseguenze, impone il superamento, come emerge nell'analisi dell'argomentazione giuridica, dei vecchi canoni ermeneutici del diritto: «Dal momento che la scelta di un certo metodo (per esempio, dell'interpretazione storica invece di quella grammaticale) implica in modo tipico un certo risultato interpretativo (che sarebbe ovviamente diverso nel caso in cui il metodo scelto fosse stato un altro), ne segue che canoni di interpretazione possono essere carichi di conseguenze per il risultato interpretativo solo qualora esista qualche cosa di simile ad un meta-canone: deve esistere cioè un apparato regolativo che non solo contenga e descriva i singoli canoni ma che oltre a questo disponga precisamente quale metodo debba essere scelto in una data situazione»⁶³.

La stretta dipendenza del diritto penale dal linguaggio e dalla sua comprensione impone regole per realizzare il divieto di analogia come espressione di *un diritto giusto attraverso un linguaggio corretto* e collaborazione tra tutte le parti del sistema. Nel caso, però, ci si voglia convincere di un valore "assoluto" del divieto di analogia, basti guardare al

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ivi*, 175.

⁶³ *Ivi*, 182.

cuore della casistica, che pone scontri motivazionali i quali, analizzati, permettono di stabilire l'inutilità di barriere linguistiche per scontri che non hanno soluzione, come ricorda Hassemer⁶⁴.

6. Analogia versus interpretazione

La limitazione dell'interpretazione in rapporto al caso singolo, che è l'essenza del divieto di analogia, imporrebbe l'esclusione dell'analogia dall'interpretazione. Numerose, però, sono le analisi dei giuspenalisti che stabiliscono che ogni interpretazione è analogia⁶⁵. Esemplari, a tal proposito, sono ancora le parole di Hassemer: «Nell'argomentazione per similitudine (*argumentum a similibus ad similia*, procedimento analogico) descritto dalla dottrina del metodo giuridico due casi vengono messi a confronto l'uno con l'altro in rapporto ad un terzo, al *tertium comparationis*. Il *tertium comparationis* rappresenta il nucleo essenziale comune a ciascuno

⁶⁴ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., 188. Ad esempio: a) Il senso contro il testo: che il divieto di analogia assuma l'accezione di un limite invalicabile o al senso della legge o al suo significato letterale non è rilevante né rilevabile, in quanto solo il giudice, responsabile della sentenza sotto il profilo procedurale e dell'ordinamento giudiziario, è in quell'arco di tempo legittimato (autolegittimato) a determinare validamente il significato dei termini; b) Linguaggio ordinario contro linguaggio dei giuristi: il divieto di analogia non può fondarsi sull'utilizzo del linguaggio ordinario. I giuristi usano comunque in molte occasioni una lingua artificiale loro propria, simile ma non identica al linguaggio comune; c) Opinione dei giudici contro opinione popolare: come il linguaggio, anche il significato reale di un termine assume differenti qualificazioni. *Ivi*, 188-189.

⁶⁵ Il riferimento è all'attività interpretativa in relazione alla mera struttura dell'analogia in termini generali, non alla differenza tra interpretazione e analogia storicamente resasi necessaria nel diritto penale con il conseguente divieto. A tal fine è citato, appunto, W. Hassemer. Cfr. W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, cit., 172. Ricorrendo anche alla terminologia di Herbert L. A. Hart, Ricorda O. Di Giovine che «l'interprete muove dal testo e, nella specie, dal nucleo («core») della parola»; a causa della forma aperta insita nel testo stesso, «poi si avvale, però, dei vari tipi di contesto per schiarire la *penumbra*», creando diritto tramite analogie (mediante «accostamenti e somiglianze»). Naturalmente, è un presupposto assodato, ma teoretico, superato il sillogismo, come anche illustrato da O. Di Giovine: «l'interpretazione è per sua natura analogica e l'analogia è una forma di induzione (ragionamento bottom-up), che dal particolare va al generale, o forse di abduzione, che dal particolare va ad altro particolare». Cfr. O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Questione Giustizia*, 4/2018, 55-67, 57. https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/salti-mentali-analogia-e-interpretazione-nel-diritto-penale_580.php

degli altri due. Se il *tertium comparationis*, con un certo margine di tolleranza, può essere reputato uguale a ciascuno degli altri due casi, questi ultimi possono essere trattati in maniera simile (partendo da un caso, ad esempio, il cui significato giuridico sia definito, si potrebbe desumere *per analogiam* il significato giuridico sconosciuto). Se il *tertium comparationis*, invece, non viene ritenuto uguale agli altri due casi, bisogna battere la via dell'argomentazione per opposizione (*l'argumentum a contrario*) e stabilire per il caso sconosciuto una soluzione diversa da quella del caso conosciuto[...] Ogni interpretazione, ogni comprensione di una legge presuppone che il caso da risolvere venga confrontato con altri casi, i quali, indipendentemente dal fatto che vengano immaginati o effettivamente risolti in giudizio, sono senza dubbio 'casi di questa legge'. Non c'è alcuna interpretazione senza *tertium comparationis*, risulti esso irrilevante oppure determinante. Interpretazione ed analogia sono strutturalmente uguali tra loro»⁶⁶.

Non esistendo limite all'analogia, il divieto ad essa ha solo due strade per realizzarsi: riduzione dell'alone di indeterminatezza (mai completamente eliminabile dal linguaggio) da parte del buon legislatore e la disposizione del suddetto limite da parte di una particolare figura (come vedremo) di interprete-giudice *sensibile* e *onesto*, colui che può tracciare "artificialmente" il confine che, per sua natura, l'analogia non ha. Come ricorda Hassemer, per quanto tutti i ragionamenti (mentali) si sviluppino analogicamente, sul piano del ragionamento come discorso e giustificazione vi sono, dal punto di vista giuridico, risultati di analogie (mentali) non giustificabili/giustificati.

Il divieto di analogia è un *argomento*. Ciò, però, può trasformarsi nel suo punto di forza: «Esso rappresenta un mezzo potente per ottenere un'interpretazione delle leggi penali che si attenga quanto più fedelmente possibile al testo redatto dal legislatore e che perciò si confronti sotto il profilo argomentativo sia con i significati correnti di un termine che con quelli giuridici; tale interpretazione non deve spingersi oltre i limiti circoscritti di un termine, rimandando ad un differente 'senso della legge', e deve inoltre denunciare apertamente qualsiasi tentativo di violazione del divieto di analogia»⁶⁷.

⁶⁶ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., 190-192.

⁶⁷ *Ivi*, 194.

7. Precomprensione, non pregiudizio, nell'attività del giudice sensibile

Come è noto, la deduzione (sillogismo in senso stretto) presenta lo schema «regola → caso → conclusione»: è un procedimento certo, necessario a qualunque scienza, ma non sempre sufficiente in quanto analitico, incapace di cogliere il nuovo, ciò che viene ricercato⁶⁸. L'induzione, invece, presenta lo schema «caso → conclusione → regola», il primo passaggio certo, il secondo incerto.

L'analogia è caratterizzata da un movimento che va dal caso alla conclusione o dalla conclusione al caso mediante la norma, il *tertium comparationis*, dove, in termini logici, molto è incerto, ma permette di *ricercare* il nuovo: è il movimento della ricerca e dell'evoluzione. È stato osservato, quindi, che oltre alla deduzione e all'induzione esiste un terzo procedimento: l'abduzione, che precede l'induzione, permettendo così di passare attraverso la regola. L'abduzione muove dalla conclusione che in maniera incerta si muove verso la norma e in maniera certa giunge al caso: abbiamo un diritto teleologicamente ispirato. Il *motus* potrebbe contenere *in primis* l'abduzione, nel senso di induzione e analogia insieme, e poi una deduzione. Sarebbe allora errato schematizzare «il legislatore compie induzione, il giudice deduzione, il giurista abduzione», in quanto il giudice è studioso del diritto e sarà il primo a notare l'esigenza di colmare una lacuna normativa.

L'argomentazione di questo tipo porterebbe ad una sensibilizzazione giuridica⁶⁹. Lo si vede, ad esempio, nelle parole di Hassemer sull'argomentazione del principio della dignità umana: «L'argomentazione sulla dignità umana deve includere induttivamente anche le circostanze concrete della rispettiva costellazione casistica; l'astrattezza deduttiva non

⁶⁸ A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, 326 ss.

⁶⁹ Per un approfondimento sulle prove dell'abduzione, si veda G. TUZET, *Le prove dell'abduzione*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004, 275-295. «Le prove dell'abduzione ha un duplice senso: il senso logico di prove della validità dell'abduzione; il senso epistemico di prove che giustificano un'ipotesi abduttiva (il che si distingue ulteriormente nelle prove che suscitano l'ipotesi e in quelle che la confermano). In questo secondo senso il legame fra abduzione e ragionamento giuridico è evidente», cit., 275. Vedi anche G. CARCATERRA, *Indizi di norme*, in *Sociologia del diritto*, 2002, 123-139, richiamato in E. DICIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 7, 2007, 9-42: «L'osservazione che un insieme di individui G tiene un determinato comportamento C non consente mai di dare una risposta certa alla questione delle regole seguite da G, poiché l'eventuale asserzione che C dipende dalla regola N costituisce il risultato di un ragionamento non deduttivo, ma abduttivo», cit. 34, nota 32.

convince più. Anche l'argomentazione con la dignità umana si deve assoggettare alle regole specificanti e concretizzanti che sono state enucleate dalle moderne scienze normative, dalla teologia alla giurisprudenza passando per la filosofia [...] Così ritengo irrinunciabile che il discorso sul significato di 'dignità umana' non si ritragga spaventato dinanzi alla grande ampiezza di questo principio, ma che tenda questa ampiezza come una *chance* per la comprensione, così da rendere rilevante anche ciò che il detenuto costretto in condizioni umilianti avrebbe da dire in merito a cosa caratterizzi la 'specie umana'[...] Le decisioni potranno anche essere criticate così, seguendo una via adeguata al fondamentale e differenziato principio della dignità umana»⁷⁰.

La sensibilità giuridica acquista un valore assolutamente preminente nel ragionamento giuridico-penale. Con le parole di Kaufmann: «La sensibilità giuridica è l'arte di tratteggiare una giusta precomprensione [...] richiede uno spirito peculiare, in grado di elevarsi dal particolare al generale e di piegare nuovamente dal generale al particolare... la sensibilità giuridica è la facoltà di pensare analogicamente [...] La precomprensione è un procedimento abduttivo. Attraverso di essa non si ricava la soluzione del caso, ma si formula soltanto un'ipotesi. L'ipotesi ha un carattere provvisorio. Abbiamo bisogno di essa per fissare un punto di partenza, il quale indica una direzione che forse ci consentirà di giungere alla soluzione del caso. Imboccata questa strada, è necessario ad ogni modo riflettere continuamente se non sia necessario apportare delle correzioni all'ipotesi di partenza. Può altrimenti accadere che la precomprensione si tramuti in pregiudizio, nell'accezione peggiore del termine. Se ciò dovesse accadere, non saremo più di fronte ad un metodo scientifico, ma ad un imbroglio da ciarlatani»⁷¹.

8. *Criptoanalogie e analogie al rovescio: l'attività del giudice scientificamente onesto e l'approccio costituzionalistico*

Avendo preso coscienza che, in sostanza, ogni interpretazione è analogia in quanto ogni giurista ragiona per analogia, in forma, prendendo le mosse dalle derive ermeneutiche che estremizzano la mancanza di

⁷⁰ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2007, cit., 67 ss.

⁷¹ A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2001, cit., 332-334.

differenza tra analogia e interpretazione estensiva, essendo vietata l'analogia *in malam partem*, la stessa interpretazione sarebbe consentita solo in *bonam partem*.

Attraverso la ricostruzione di M. Donini, il divieto riguarderebbe solo la costruzione di nuove norme dove non è possibile regolare i casi attraverso i criteri ermeneutici consentiti e ordinari. Fattispecie, e poi *sottofattispecie*, vengono recepite, come abbiamo visto, dando luce a testi nuovi di riforma. In molti casi, tuttavia, non c'è analogia neanche quando si tratta di creazione giurisprudenziale: «Un'interpretazione sbagliata non è analogica solo perché estende la punibilità. Esempio: quando le SS. UU. hanno esteso l'area dei beni giuridici protetti dal delitto di detenzione di stupefacente a fine di spaccio (art. 73 d.p.r. 309/1990), facendo rientrare in tale disposizione anche la cessione di una dose priva di principio attivo (SS.UU. 21 settembre 1998, Kremi, n. 9973), accentuando anche le finalità di tutela delle giovani generazioni e quelle di lotta al mercato della droga, hanno sicuramente inteso ampliare la punibilità, ma non colmare una lacuna. Ne è sortita un'interpretazione estensiva errata e contrastante col principio di offensività, ma non un'analogia. Ai penalisti piace dire che è analogia, perché in tal modo ne censurano in modo inappellabile l'esito con una qualifica che è *tabu*. L'analogia è vietata, è un illecito ermeneutico e disciplinare. Chi la pratica lo fa sempre in occulto»⁷².

Esistono argomenti che in vista di un'interpretazione teleologica possono celare analogie, in quanto svelano la necessità di una nuova norma, richiamando l'auto-integrazione dell'ordinamento⁷³. Questo non implica l'ingenuità di regole di liberalismo classico dove le interpretazioni teleologiche superano lo stesso tenore letterale delle disposizioni⁷⁴, ma presuppone che solo un'interprete *disonesto*, anche con sé stesso, può attuare estensioni analogiche in presenza di una lacuna. Ove manchi una disposizione, la responsabilità grave è del legislatore. Nella pratica

⁷² M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, Milano, 2011, 105.

⁷³ Cfr. M. S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, 516 ss.

⁷⁴ Così J. M. SILVA SANCHEZ, *La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas*, in *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al profesor Gunther Jakobs*, a cura di E. MONTALEGRE LYNETT, J.A. CARO JOHN, Externado, Bogotá, 2008, 201 ss., 209 ss.: Cfr. il Codice penale spagnolo, Art. 4, comma 2: «Nel caso in cui un Giudice o un Tribunale, nell'esercizio della sua giurisdizione prenda notizia di un'azione od omissione che, senza che sia punita dalla Legge, ritenga meritevole di repressione, si asterrà dall'intero procedimento che la riguarda ed esporrà al Governo le ragioni che sostengono la creazione di ciò che dovrà essere oggetto di sanzione penale».

giuridica, infatti, l'attacco più forte al sistema delle garanzie costituito da tipicità-legalità-frammentarietà-divieto di analogia, deriva da un' "ermeneutica di lotta", orientata alle conseguenze e alla tutela delle vittime come principio di bilanciamento rispetto alle garanzie dell'imputato⁷⁵: la norma così non è più strumento di tutela di fronte all'analogia. Ma, ricordando Hassemer, spetta al giudice *sensibile* tracciare un limite: «Se tutti i giudici sono concordi nel definire estensiva un'interpretazione analogica, essa sarà definitivamente ammessa; se qualche giudice superiore non sarà di questo avviso, l'unica sanzione consisterà in una diversa interpretazione, verosimilmente orientata all'assoluzione. La 'nuova norma' analogica è, infatti, avvertita essere *solo interpretazione* finché non si consolidi in un qualche *diritto vivente*. Solo allora si potrebbe dire che non si dissolve nella disposizione come suo contenuto dichiarativo, ma assume i contorni del diritto giurisprudenziale innovativo. A queste condizioni si potrebbe sostenere l'illegittimità costituzionale, in violazione dell'art. 25 cpv. Ciò, tuttavia, supporrebbe un giudice remittente dissenziente rispetto al diritto vivente consolidato. L'analogia, peraltro, non è strutturalmente mera interpretazione, almeno finché si convenga che essa nasce dal fatto che il risultato della lettura delle disposizioni esistenti consiste proprio nel riconoscere l'impossibilità della sussunzione, e la necessità di costruire una tipologia normativa generale nuova, *esterna al tipo*. Meccanismo sincero e ingenuo, esso vive oggi fino in fondo le sorti della dissimulazione ermeneutica»⁷⁶. Abbandonando, invece, ad esempio, la *condicio sine qua non* per l'aumento del rischio, o trasformando il dolo eventuale in rischio oggettivo, abbiamo forme di analogie *al rovescio*, dove alcune tipologie di casi, generali, sono troppo differenti e non meritano la stessa disciplina. Questo lo si può sintetizzare in un brocardo *ubi lex non distinguit...distinguere possumus*⁷⁷.

I casi possono essere caratterizzati dal dubbio, e solo un interprete *onesto*, oltre che *sensibile*, può ammettere che si tratti di analogia dubbia desistendo dalle costruzioni giuridiche, cercando tramite rigore ermeneutico, di non nascondere le lacune⁷⁸. «Fare resistenza alla

⁷⁵ M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla Quest. Crim.*, n. 2/2007, 55 ss., 74 ss.

⁷⁶ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit. 109.

⁷⁷ *Ivi*, *passim*.

⁷⁸ Ancora, si rinvia a titolo di stimolo riflessivo-comparativo al *Codice penale spagnolo*, art. 4, comma 2: «Nel caso in cui un Giudice o un Tribunale, nell'esercizio della sua giurisdizione prenda notizia di un'azione od omissione che, senza che sia punita dalla Legge, ritenga

criptoanalogia significa, è vero, non dare una risposta immediata alla domanda di giustizia; ma ciò significa anche tutelare *la premessa epistemologica del diritto penale* come scienza e in ogni caso come garanzia, come scienza delle garanzie. Questo obiettivo è più importante della giustizia del caso concreto, la cui mancata attuazione rimane qui responsabilità della legge, e non del giudice»⁷⁹. Il giudice, tramite un'attività «puramente d'intelletto» ed «esclusivamente dichiarativa»⁸⁰, si muoverà nell'ambito dell'interpretazione estensiva e, in caso di dubbio, manifesterà un riconoscimento onesto della *sottofattispecie* come mutamento giurisprudenziale, sottoponendola intanto al divieto di retroattività della norma analogicamente ricostruita applicando direttamente l'art. 2 c.p. al nuovo contenuto.

Questo approccio, *doninianamente* ispirato, prescrittivo e deontologico (c.d. *sensibile*) ci mostra il diritto in veste di limite della politica e di materia garantita dal paradigma costituzionale, dove altresì il giurista e il penalista, in quanto studiosi, possono restare liberi da ogni sudditanza teorica alla sola legge ordinaria, costituzionale o sovranazionale: per garantire allo studio scientifico la sua indispensabile libertà intellettuale⁸¹. I limiti sono del giurista e del penalista in quanto legislatori e giudici, di natura tecnica, di principio e di valore.

Del diritto penale è possibile farne scienza se si segue un modello integrato di saperi ermeneutici ed empirici, rifiutando sia il paradigma tutto dogmatico di scienza giuridica e sia il modello delle scienze della natura come ideale monistico.

Dopo il tecnicismo, è subentrato l'approccio costituzionalistico, che trasforma l'ermeneutica giuridica in scienza giuridica ma anche sociale e che, sintetizzando analisi tecnica e garantismo dei principi tra metodo dogmatico e comparato, tra diritto penale e criminologia, manifesta in *essenza* una «scienza penale integrata», dai principi, alle leggi, all'applicazione del diritto, dall'interrelazione, nella rigorosa separazione, tra poteri, intesi come singole sezioni autonome, ognuna con proprie

meritevole di repressione, si asterrà dall'intero procedimento che la riguarda ed esporrà al Governo le ragioni che sostengono la creazione di ciò che dovrà essere oggetto di sanzione penale».

⁷⁹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit., 113.

⁸⁰ Così D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, SEL, Milano, 1910, 186 ss.

⁸¹ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit., 178.

prerogative, regole e privilegi in base all'ordinamento giuridico di riferimento: un approccio che potremo definire come *intersezionale*.

Stabilito l'oggetto, il metodo non può che essere caratterizzato da una dialettica umana fondata sulla razionalità strategica plural-pluralista, che permette la decostruzione delle macro-conoscenze strutturate su dogmi unitari, in opposizione a forme di legittimità totalizzante attraverso il dialogo, nella globalizzazione giuridica intesa come fenomeno storico oggettivo: sapere ermeneutico e sapere empirico, analisi sistematica e comparazione trans-nazionale, vanno congiunti con precisazione linguistica e coerenza tra premesse e conclusioni, definendo una parte generale di categorie e nozioni alle quali ricondurre le varie leggi.

Stabilita questa proposta, possono considerarsi dei canoni estetici veri e propri, che diano forma e tendano alla *kalokagathia* nell'intero *iter* dallo spirito della legge, alla sua composizione e all'interpretazione? Si genererebbe, pertanto, una scienza della legislazione che dia razionalità tramite la motivazione della legge e la praticabilità dei giudizi di fatto.

La deontologia come emblema della scienza giuridica dovrebbe coordinarsi con il sapere empirico. Questa scienza impone alla Corte il controllo costituzionale mediante giudizi di fatto, per la nuova natura sociale che è stata svelata, che non caratterizza una politicizzazione del giudizio, ma uno sviluppo di poteri tecnici che consentono di allargare il campo di indagine fino anche ai presupposti epistemologici di una disposizione di legge per migliorarla, nell'ottica di una teoria estetica, nello "spirito": ed è proprio il contrario di ciò che, come è stato rilevato sotto molti profili, causa la vera politicizzazione normativo-assiologica⁸².

Si aprono le porte ad una forma di ragionamento tramite principi giuridici costituzionali, dottrinari e giudiziari che caratterizzano le scienze della cultura⁸³, liberata dalle catene della dogmatica "teologico-religiosa", ma ferma nel cercare di rappresentare un discorso scientifico, caratterizzato da pluralismo.

Questo non si identifica con una condizione di caos giuridico. Il concetto di "dottrina prevalente" vive in virtù dell'opinabilità stessa del concetto, fenomeno che si riduce tanto più al minimo quanto più un orientamento dottrinale è oggettivamente *più solido e vero*: è sempre stata presente una differenza tra "opinione (comunemente accolta)"⁸⁴ e

⁸² *Ivi*, 182 ss.

⁸³ L. MENGONI, *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 25 ss.

⁸⁴ Platone, *Teeteto*, 172b.

“opinione (scientificamente più verificata)”, fissata concettualmente «mediante conoscenza delle cause»⁸⁵.

Non si parla di convincimento o di argomentazione sofistica, che è presente nel gioco della dialettica accusa-difesa, nel mestiere stesso del giurista-avvocato. Ci si riferisce in questo caso al contenuto epistemologico, caratterizzato da un sapere connesso ad un'ermeneutica costruita sulla logica discorsiva, argomentativa, sulla razionalità di un discorso relativo a scelte pratiche, di valore. «Anche senza aderire a forme neogiusnaturalistiche o a progetti di universalismo penale, dunque, esistono davvero limiti al normativismo di matrice giuspositivistica (*auctoritas, non veritas, facit legem*), perché da tempo sappiamo che la norma non coincide con la sola proposizione legislativa astratta, con la disposizione, e ancor meglio che nozioni più generali vengono raggiunte mediante acquisizioni 'meta-positive', tradotte o meno in regole scritte, che condizionano il consenso sul contenuto del diritto: esistono *categorie* classiche e figure di reato 'basiche' (dal diritto romano a quello dei glossatori e dei commentatori) e *principi* postilluministici (costituzionali e non) di comune utilizzo in Europa e nel mondo, così come la logica e anche l'argomentazione sono strumenti nient'affatto 'irrazionali' o deboli 'in termini scientifici', ma anzi decisivi per una democrazia discorsiva e deliberativa alla quale si adatti il sapere giuridico oggi»⁸⁶.

La separazione della morale dal diritto va, specialmente in Italia, rivista sotto questa nuova ottica, permettendo di non cadere nel giustizialismo o negli estremismi della morale cripto-religiosa: è possibile concepire un'etica senza Dio⁸⁷, ma non un diritto senza etica: la costruzione di un'etica pubblica di comune riconoscimento, tramite un nuovo patto costituzionale sulle libertà e sui valori fondamentali condivisi, che cerchi nella formazione del diritto anche attraverso l'estetica i primi tasselli che possano dispiegare un discorso scientifico.

Questa visione, appunto *estetica*, della nascita del diritto, può limitare l'allontanamento dal dibattito delle grandi idee, può eliminare gli interessi settoriali, il *particolare*⁸⁸ e la furbizia, che offuscano lo spirito del diritto, con un superamento che possa evitare lo sfruttamento dell'uomo e della natura da parte dell'uomo tramite il diritto.

⁸⁵ Platone, *Menone*, 97a, 98a.

⁸⁶ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, cit., 199.

⁸⁷ G. LECALDANO, *Un'etica senza Dio*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

⁸⁸ F. DE SANCTIS, *L'uomo di Guicciardini* (1869), in *Saggi Critici*, vol. III, Bari, 1969, 22.

9. *Tra estetica e diritto?*

Il *bello* è l'oggetto di un piacere disinteressato, universale, necessario e prodotto dalla forma della finalità. Il giudizio estetico è attività dell'uomo volta all'attribuzione di una gradazione del bello ad un determinato oggetto. Esso può essere introdotto nel diritto in genere e anche nel diritto penale, dove permette di far luce sullo spirito che è dietro la formulazione e l'applicazione di una legge, nonché la precomprensione di un divieto. Anche l'attività interpretativa può essere fortemente influenzata da un riscontro artistico e sensibile, molto vicino a quello che caratterizza l'interpretazione di un prodotto dell'arte e, in particolar modo, della musica.

I *gradi* del sapere giuridico del nostro tempo facilitano la comprensione del significato della parola "diritto": «Il primo livello della conoscenza giuridica è quello rivolto al contenuto di queste norme positive per coglierne il significato. Qui la finalità pratica è evidente, perché questa impresa conoscitiva è in vista della futura applicazione delle norme ai casi concreti. Da questo punto di vista la scienza del diritto negli ultimi due secoli si è consolidata nella forma della dogmatica giuridica [...] La costituzione di un corpo stabile di concetti giuridici ha prodotto per via di ulteriore astrazione un secondo livello di conoscenza giuridica, che ha preso corpo nella teoria generale del diritto [...] I concetti comuni a tutti i rami di un ordinamento giuridico (quali ad esempio, quelli di norma, sanzione, fatto giuridico, atto giuridico, capacità giuridica, ecc.) sono molto generali (*allgemeine Rechtslehre*) e sono il frutto di una ricerca che si pone in piena continuità con la dogmatica giuridica, tanto da poter essere considerata il prolungamento e il compimento supremo di essa»⁸⁹.

Parlare di diritto significa dar luogo a un discorso che va ben oltre il mero significato semantico del termine. È, innanzitutto, comprendere e dibattere il ruolo della dogmatica, che rende la disposizione un concetto unitario, tramite la finalizzazione totale dell'interpretazione al significato comprensivo di senso, valore e contenuto di una disposizione, utilizzando il metodo sistematico-costruttivo. È solo da essa che si sviluppa la teoria generale del diritto, capace di raccogliere i concetti comuni all'ordinamento giuridico complessivo. Dalla dogmatica, il primo grado, passando per il secondo, la teoria generale del diritto prettamente descrittiva, si giunge ad

⁸⁹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 14-16.

un terzo grado del sapere giuridico: l'analisi filosofica. Affinché quest'ultimo possa essere sviluppato, è necessario che ci si allontani da eccessivi normativismi kelseniani o da realismi creativo-giurisdizionali.

Gustav Radbruch, in un famoso articolo, cita una sentenza dell'*Amtsgericht*, tribunale di primo grado, di Wiesbaden, che dichiarava nulle le leggi sulla confisca dei beni degli ebrei in favore dello Stato nazional-socialista durante il Terzo Reich, precisando che non hanno mai avuto validità, nonostante fossero espressione del volere di uno Stato. La formula emblematica del positivismo giuridico moderno, *Gesetz ist Gesetz*, «la legge è legge», darebbe luogo, infatti, ad un'*ingiustizia legale*⁹⁰. Quindi, seguendo l'attualissima e criticata *formula di Radbruch*, ripresa in molti studi moderni e contemporanei, quando il diritto positivo supera il diritto di uguaglianza, negandolo e quindi negando la giustizia e la sua essenza, si manifesta il *gesetzliches Unrecht*, il «torto legale», racchiuso in una legge ingiusta ed espressione di un non-diritto, quindi da ritenersi invalida⁹¹. Il fatto che la Corte costituzionale federale della Germania in diverse pronunce abbia accolto la suddetta formula, al di là di un sincronico «obbligo storico», ha radicato il concetto di Radbruch, che distingue, in casi eccezionali, l'idea di legge dalla giustizia: la disposizione non è più fonte del comando, ma serve dell'idea di legge costituita dalla triade giustizia, utilità e sicurezza.

Nel campo delle moderne teorie, il distacco da concezioni statiche del diritto è evidente. Sono nate, ad esempio, le «norme di riconoscimento» di Hart – ma che, come Dworkin suggerisce, devono essere accompagnate da principi dati per “giusti”, per attuare cernite di interpretazioni – per il quale «individuare la tipicità e le caratteristiche peculiari delle ‘ragioni per agire’, in cui consiste il diritto, e distinguerle dalle altre categorie, diventa così il compito della teoria del diritto»⁹². Si è arrivati poi ai “proceduralismi” rawlsiani: da applicazione pratica razionale si giunge a concetti giusti ed equi. «Il diritto non è caratterizzato da certi contenuti, né da particolari beni,

⁹⁰ Cfr. A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Cacucci, Bari., 2009, 20 ss. Si evidenzia il limite chiamato «sovralegale», *Ubergesetzliches*, superando la kelseniana *Geltung*.

⁹¹ Cfr. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e Diritto Penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania post-nazista e nella Germania post-comunista*, Giuffrè, Milano, 2001, *passim*, in cui si analizza l'uso della formula di Radbruch in due fasi della giurisprudenza tedesca, in relazione alle leggi del periodo nazista e dopo la caduta del Muro di Berlino, in Germania orientale.

⁹² F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, cit., 34.

né da determinati orientamenti di valore, ma solo da metaregole puramente formali, il cui obiettivo è quello di dare stabilità ed ordine al tessuto sociale, in modo che il ragionamento pratico dei singoli e dei gruppi abbia una base di certezza e di affidabilità»⁹³. La storica *querelle* tra scettici e realisti ha portato a pratiche concezioni di diritto, lontane da quelle “eterne e divine” del giusnaturalismo e di “insieme immutabile di norme” proprie del rigido e classico giuspositivismo.

Si innalza una figura di interprete, sia esso teorico o giudice, che crea diritto interpretandolo, in quanto «ci si accorge che il diritto non consiste soltanto in ciò che è detto, ma anche in ciò che è supposto da esso o implicito in esso, cioè nel ‘non detto’. L’ enunciato si chiarisce facendo ricorso a ciò che non è esplicitamente formulato, ma che è in qualche modo richiesto dalla comprensione. Di conseguenza il problema cruciale diventa proprio il modo di concepire il ‘non detto’...Tra il detto e il non detto s’instaura un circolo ermeneutico»⁹⁴.

Sensibilizzare l’essenza della vita del diritto tramite il giudizio estetico permetterebbe di oltrepassare la legge scritta, procedendo verso il suo spirito, per condizionarne prima la creazione e, poi, l’attività ermeneutica nel momento dinamico.

10. *Sensibilità giuridica e arte*

Il diritto penale è un’opera continua di interpretazione della realtà socio-politica, inserita in un infinito discorso sull’uomo, sui limiti che egli ha e che devono o meno essergli imposti. L’arte è possibile solo nel mondo spirituale degli uomini⁹⁵. Isolata, come ricorda G. Bartoli, parte e si muove in circolo nell’estetica trascendentale, «non si misura completamente con la realtà della ragione sociale»⁹⁶, completando in sé la mera *rappresentazione del bello*. Il bello è la rappresentazione che interiorizza la rappresentazione stessa⁹⁷; l’arte è estetica pura, è *bello* incurante del *giusto*. Il diritto opera

⁹³ *Ivi*, 40.

⁹⁴ *Ivi*, 89.

⁹⁵ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Estetica*, Einaudi, Torino, 1997, I, 6.

⁹⁶ G. BARTOLI, *Aesthetica iuris. L’estetica trascendentale di Fichte come presupposto di una fenomenologia del diritto*, in *Dialegesthai. Rivista telematica di filosofia [in linea]*, anno 10, 2009, disponibile su: <https://mondodomani.org/dialegesthai/>

⁹⁷ Cfr. I. AIMONETTO, *Saggio di una teoria generale della bellezza*, in *Rivista di filosofia*, vol. V, 1944, 110-144.

come misura dell'agire sociale⁹⁸ e, dunque, come *rappresentazione per l'azione*⁹⁹, che è, per esteso, *rappresentazione del giusto*, inteso come il metro dell'agire.

Ogni rappresentazione, figlia del suo tempo, deve essere graduata in termini di bellezza, ordine e determinatezza, ma, rivolgendosi all'azione, deve essere graduata anche in termini di *giustizia*, per misurarsi così con il bello e con il giusto. La *forma mentis* del giuspenalista che ricerca una *καλοκαγαθία* (*kalokagathia*) estetico-giuridica comporta un movimento circolare tra estetica pura ed estetica sensoriale, fisica, terrena, sociale, per comprendere la natura del divieto, il senso dell'interpretazione e, eventualmente, la realizzazione di una nuova *opera*-disposizione.

Una norma può comprendere il giusto del diritto ed il bello dell'arte¹⁰⁰, il tutto nella direzione ontologica dell'essere, finalizzato alla ricerca del bene¹⁰¹. Secondo la filosofia fichtiana, «la dimensione finita assume un senso proprio in quanto si esprime innanzitutto in un mondo di uomini che comunicano e che si invitano reciprocamente ad essere liberi»¹⁰².

Il diritto penale si ricollega, allora, da questo punto di vista, nel diritto pubblico, indagando i presupposti stessi dell'esistenza della società. Benedetto Croce ricorda: «per esempio, il fatto giuridico, considerato in quel che si suol chiamare diritto oggettivo, deriva dall'attività economica e dalla logica insieme: il diritto è una regola, una formola (orale o scritta, qui importa poco), in cui è consegnato un rapporto economico voluto da un individuo o da una collettività. Questo lato economico lo unisce e distingue insieme dall'attività morale»¹⁰³. Similmente, Giorgio Berti stabilisce che: «le leggi rispetto alle attività economiche e alla dinamica delle imprese hanno contenuti ed efficacia adatti al mondo cui sono appunto dirette: valgono nei

⁹⁸ M. STOCKHAMMER, *Il concetto estetico del Diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, VI, 1935, 629-638.

⁹⁹ G. BARTOLI, *Aesthetica iuris. L'estetica trascendentale di Fichte come presupposto di una fenomenologia del diritto*, cit. Cfr. R. ZIMMERMANN, *Allgemeine Aesthetik als Formwissenschaft*, Wien, 1865, 181, citato da M. STOCKHAMMER, *Il concetto estetico del Diritto*, cit., 635.

¹⁰⁰ G. BARTOLI, *Aesthetica iuris. L'estetica trascendentale di Fichte come presupposto di una fenomenologia del diritto*, cit.; Cfr. M. HEIDEGGER, *Der Ursprung des Kunstwerkes*, Stuttgart, 2008, 56-81; D. VON HILDEBRAND, *Estetica*, Bompiani, Milano, 2006, 463 ss.

¹⁰¹ Si veda S. Tommaso in *De veritate*, q. I, art. 1.

¹⁰² A. PUNZI, *L'intersoggettività originaria*, Giappichelli, Torino, 2000, 108. Cfr. anche R. LAUTH, *Le problème de l'interpersonalité chez I. G. Fichte*, in *Archives de Philosophie*, 1962, 325-344, citati in G. BARTOLI, *Aesthetica iuris. L'estetica trascendentale di Fichte come presupposto di una fenomenologia del diritto*, cit.

¹⁰³ B. CROCE, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale: teoria e storia*, Laterza, Bari, 1908, 72.

limiti in cui sono accolte o ispirate dalla società e non prestano garanzie ulteriori rispetto a quelle che il mercato produce da se stesso, che l'economia sociale modella per proprio conto»¹⁰⁴.

L'interpretazione della norma sembra quindi possibile solo a condizione di una sua sana intelligibilità che possa svelare la sua autenticità giuridica. La disposizione, infatti, conforme allo "spirito" della legge, «esige e reclama di essere eseguita proprio in virtù della sua compiutezza e perfezione originaria, ed è precisamente tale compiutezza quella che suscita e sollecita l'esecuzione del lettore, ed anzi la guida e la regola nell'atto stesso che la richiede e l'avvia»¹⁰⁵.

L'applicazione giurisdizionale della legge penale nello Stato sociale di diritto, espressione di una legge determinata, funzionerebbe come un'*orchestra*, a sua volta lontana da automatismi meccanici: una logica artistica, che recuperi il senso estetico più profondo del termine, avvalendosi degli accorgimenti tecnici e necessari, regolando la dinamica del *giusto* al caso concreto.

L'interprete «deve far intendere l'oggetto secondo la legge di autonomia e coerenza che si vede in esso operare, e a questa legge deve adeguarsi, senza sovrapporgliene un'altra diversa con violazione della sua autonomia»¹⁰⁶. Da questo procedimento, con l'evolversi della società, nasceranno sempre nuove fattispecie penali e se ne depenalizzeranno di fatto altre, ma si ritornerà allo spirito della legge più consapevoli di partorire idee che si esplichino nel diritto penale solo come *extrema ratio*, se in grado di raggiungere gli obiettivi, e nel rispetto della sua frammentarietà, grazie al principio di determinatezza. Nel circolo ermeneutico "composizione-interpretazione-eventuale nuova norma", si eluderà il semplice calcolo sillogistico, se insufficiente, per applicare, in maniera dinamica, l'argomentazione pratica. Oggi si richiedono altre genealogie di pensiero e azione che possano portare la comprensione oltre le moderne strutture epistemologiche giuridiche: il sistema delle fonti, acquista una dimensione pluralistica, e la logica *flou* della società liquida «comporta la deformazione del perimetro delle categorie tradizionali»¹⁰⁷. I testi normativi sempre più aperti ed espressioni della crisi della politica, vengono

¹⁰⁴ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, CEDAM, Padova 1990, 243.

¹⁰⁵ L. PAREYSON, *Estetica. Teoria della formatività*, Bompiani, Milano, 2002, 224.

¹⁰⁶ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955, 763.

¹⁰⁷ «Lo statuto penale, persa la sua tradizionale unitarietà, si diversifica, ora, in funzione del tipo di autore e del tipo di fatto». C. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 3, 2014, 1099 ss.

obbligatoriamente investiti da un giudice *internazionalista*, non tanto soggetto alla legge statale e in particolare alla Costituzione, ma più al diritto della quale è fonte e prodotto (pluralismo), secondo criteri di coerenza e ragionevolezza in ossequio alle regole di sussidiarietà anche per il momento applicativo della norma, libera da pregiudizi in cui il “fatto” finisce per influenzare il diritto¹⁰⁸. La “metodologia” dell’arte può aiutare a ricostruire queste genealogie, ma non prima di consentire ai cittadini di riconoscere la differenza tra lo spazio per denunciare, criticare, interpretare ciò che è stato reso sempre più debole dal potere istituzionale nella globalizzazione, che tende ad una precisa staticità, e la politica legislativa come prodotto di rappresentanza, partecipazione e organizzazione collettiva.

¹⁰⁸ M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, cit., 76 ss.