

QUESITI

ANNA MARIA CAMPANALE

La decisione tra certezza e giustizia*

Questo scritto propone un ripensamento del principio della certezza del diritto, analizzando il processo decisionale sotteso all'attività giudiziale con particolare riguardo al momento interpretativo. Il concetto di cultura giuridica, che raccoglie in sé valori, idee, concezioni, che convergono in quel nucleo di senso dell'ordinamento giuridico costituito dai principi, può suggerire la chiave di lettura per la ricerca di referenti interni al sistema giuridico capaci di garantire una più solida certezza del diritto.

This paper proposes a reconsideration of the principle of legal certainty focusing on judicial decision making process, with particular emphasis on interpretive activity. The concept of legal culture, consisting of values, ideas, mentalities, which find their expression in the principles of the legal order, proposes possible referents within the legal system capable of guaranteeing a stronger legal certainty.

SOMMARIO: 1. Contingenza e decisione. - 2. L'orizzonte di senso della decisione. - 3. La possibilità della decisione.

1. Contingenza e decisione.

Generato dai molteplici processi di trasformazione che caratterizzano la società contemporanea come «età dell'incertezza»¹, il cosiddetto «diritto alla certezza»² - che il legislatore ha cercato di garantire, particolarmente in ambito penalistico³, attraverso tecniche e in qualche caso artifici - deve misurarsi con la complessità del diritto, in generale, con quella del processo decisionale, in particolare. Tale duplice complessità, amplificata dall'attività interpretativa del giudice⁴, nasconde, come sottolinea Luhmann, «quel circolo che risulterebbe

*Testo riveduto e ampliato del contributo *“Hai ragione anche tu, gli disse il giudice”*. *L'interpretazione tra complessità e certezza del diritto*, Atti del Convegno *Il problema dell'interpretazione nella giustizia penale* a cura di A. Manna, in «I libri» di Archivio Penale, Pisa University Press, Pisa, 2016.

¹ ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006. Si veda anche GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 4.

²Cfr. FARALLI, *Il «diritto alla certezza» nell'età della decodificazione*, in *Studi in onore di Sebastiano Cassarino*, I, Padova 2001, che delinea un diritto alla certezza, o almeno alla sicurezza, in senso più ampio, tra i diritti di terza generazione. Declinato come sicurezza giuridica, questa rappresenta, per PECES-BARBA, uno dei quattro valori che costituiscono il nucleo dei diritti fondamentali (PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano 1993, 223 ss.). Per la molteplicità di significati, talvolta discordanti, della locuzione «certezza del diritto», si veda tra gli altri GOMETZ, *Indici di certezza del diritto*, in *Dir. quest. pubb.*, 2012, 12.

³ Nel discutere il problema della legge penale retroattiva, che rappresenta sicuramente la più palese violazione del diritto alla certezza, Fuller sottolinea che essa è universalmente condannata non tanto perché «in una lite penale le poste in gioco sono alte», ma in quanto «la legge penale è quella più ovviamente e direttamente impegnata a regolare e controllare la condotta umana» (FULLER, *La moralità del diritto*, Milano 1986, 81).

⁴Valga per tutti la decisa riflessione, ormai pacificamente acquisita, di FULLER (*ibid.*, 110), per la quale «l'aspetto più complicato, nell'impresa di mantenere conformi fra loro la legge e la sua applicazione

nel momento in cui si dovesse ammettere che il tribunale “crea” esso stesso il diritto che “applica”⁵. Teorico della complessità, il sociologo tedesco può offrire più di un suggerimento di riflessione attraverso la sua analisi dell’osservazione, posta qui in relazione alla scelta e alla decisione. Ogni osservazione, per l’epistemologia luhmanniana, poggia su una distinzione: nel sistema diritto, che è un sistema che osserva⁶, si possono considerare, nell’ambito dei gradi degli schemi dell’osservazione, almeno due ordini di osservazione, uno di primo grado e uno di secondo grado: quello di secondo grado è rappresentato dal giudice, osservatore della materia già osservata dall’osservatore di primo grado, il legislatore. Chiudendo l’analisi del postulato della giustizia, che, liberata dal velo tessuto dalle teorie giusnaturalistiche, si mostra come formula della contingenza che conduce ad assumere le decisioni come contingenti, Luhmann scrive: «la giustizia è specificamente considerata secondo lo schema di osservazione di secondo grado; allora ha senso affermare che si tratta soprattutto di uno schema di osservazione per il tribunale, al quale il legislatore fornisce materia sempre nuova da esaminare»⁷. Tuttavia, in quanto osservazione di secondo ordine, quella del giudice è sì osservazione di un’osservazione (la materia fornita dal legislatore), ma è anche osservazione di un osservatore «in quanto tale»⁸: «si giunge ad un’osservazione di secondo ordine soltanto se si osserva un osservatore in quanto tale, là dove “in quanto tale” significa: in riferimento al *modo nel quale egli osserva* e a sua volta questo significa: in riferimento alla distinzione che egli utilizza per indicare uno e non l’altro lato. Oppure, nella terminologia di Spencer Brown: in riferimento alla *forma che egli pone alla base delle sue osservazioni*»⁹. Luhmann accoglie il concetto di forma di Spencer Brown¹⁰, delineandolo come «forma di una distinzione, quindi di una separazione, di una differenza (...). Quando si effettua una distinzione, si indica una parte della forma (...). Nessuna parte è qualcosa per se stessa. La si attualizza solo per il fatto che si indi-

ufficiale, risiede certamente nel problema dell’interpretazione».

⁵ LUHMANN, *Il diritto della società*, Torino 2012, 282.

⁶ È appena il caso di ricordare che Luhmann si richiama agli studi del secondo ordine ciberneticò avviati da von Foerster, che hanno come chiave di volta il ruolo dell’osservatore nella costruzione della realtà osservata, passando così dalla ciberneticò dei sistemi osservati (di primo ordine) alla ciberneticò dei sistemi che osservano (di secondo ordine): v., in particolare, VON FOERSTER, *Sistemi che osservano*, Roma, 1987.

⁷ LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., 215.

⁸ Opera qui la lezione di von Foerster, dove il ruolo del soggetto che osserva diventa centrale per un’epistemologia dei sistemi viventi.

⁹ LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano 1996, 251 (corsivo mio).

¹⁰ SPENCER BROWN, *Laws of Form*, New York 1972.

ca quella parte e non l'altra»¹¹. L'attualizzazione di una parte anziché dell'altra (sebbene l'altra parte non venga neutralizzata, ma rimanga sullo sfondo come attualizzabile) consegue alla distinzione operata dall'osservatore, il quale, attualizzando una parte della forma, le attribuisce senso. Attraverso la distinzione, l'osservatore decide, mediante la scelta che precede la decisione, di dar vita ad una possibilità che diventa realtà escludendo, almeno temporaneamente, l'altra. Come è stato osservato, «il processo decisionale è la dinamica» mediante la quale si compiono scelte «selezionando un'opzione in un arco di soluzioni alternative: l'azione del decidere è il più potente meccanismo di riduzione dell'incertezza poiché indica la cesura tra differenti alternative e scioglie i dubbi allontanando alcune preferenze a vantaggio di altre. Decidendo (...), si seleziona una specifica versione della realtà (...) escludendo tutte le altre soluzioni possibili, e quindi scartando e accantonando realtà alternative»¹². E Luhmann, in riferimento alla sentenza del tribunale rileva: «di sicuro la decisione ha sempre a che fare con un'alternativa che consta minimo di due e spesso di più vie selezionabili che possono contenere poi a loro volta condizioni, eventi, ma anche altre decisioni, che diventano possibili con la sentenza, senza di essa non sarebbero state quindi realizzate, ma sarebbero state prevedibili solo in modo limitato»¹³.

In questa prospettiva, sembra difficile sostenere che la decisione è «l'ideale luogo di incontro delle incertezze e della loro conversione in certezza»¹⁴, poiché essa è sì un potente meccanismo di *riduzione* dell'incertezza, ma non di *risoluzione* di essa in quanto, per essere decisione tra alternative possibili, è sempre conseguente ad una scelta¹⁵. Il fattore insopprimibile d'incertezza, che non consente il passaggio dalla sua riduzione alla sua risoluzione, è la scelta, che, nel reciproco gioco delle aspettative, sviluppa una doppia contingenza. Se l'enunciato precettivo da interpretare non presentasse alternative selezionabili, non vi sarebbe decisione perché non vi sarebbe scelta (e dunque neanche interpretazione, che procede anch'essa per distinzioni¹⁶): richiamando von

¹¹ LUHMANN, DE GIORGI, *Teoria della società*, Milano 2003, 17. E più avanti: «Osservare significa semplicemente (...) distinguere e indicare» (*ivi*, 23).

¹² LIPPI, MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, Bologna 2005, 92-93: «l'etimo del verbo decidere deriva dal latino *de caedere* ovvero tagliar via, separare, discriminare, troncato. Quando si decide, si elimina uno scenario futuro a favore di un altro, forgiando delle strutture all'interno delle quali saranno assunte le successive decisioni» (*ivi*, 93).

¹³ LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., 283.

¹⁴ LIPPI, MORISI, *Scienza dell'amministrazione*, cit., 93.

¹⁵ L'osservazione conduce, attraverso la selezione delle possibilità, alla formazione della decisione: come ricorda BOBBIO, l'atto di decidere è successivo a quello di scegliere (BOBBIO, *Decisioni individuali e collettive*, in ID, *Ricerche politiche due. Identità, interessi e scelte collettive*, Milano 1983, 12).

¹⁶ LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., il capitolo dedicato all'argomentazione giuridica, 313 ss.

Foerster, Luhmann sottolinea: «ci sono decisioni solo se c'è in linea di principio qualcosa di indecidibile (non solo: di indeciso!). Perché in caso contrario la decisione sarebbe già decisa e dovrebbe solo essere “compresa”» e, in nota, aggiunge: «se non c'è alcuna alternativa, la decisione del tribunale è anticipata dal legislatore»¹⁷.

Questo breve segmento della riflessione luhmanniana è utile qui a rilevare che, se, sotto il profilo epistemologico, una teoria della conoscenza siffatta deve rinunciare ad una spiegazione derivante da un principio – che sia la giustizia o la ragione, o la giustizia in quanto ragione – per una derivante da una «galassia» di distinzioni¹⁸, sotto il profilo prasseologico, tale rinuncia conduce a privare la decisione di altri referenti di senso che non siano quelli offerti da un'altra decisione, chiudendo il diritto, per una sorta di decisionismo giuridico, nella gabbia della *voluntas*, del legislatore o del giudice che sia. La domanda è allora, con Habermas – che discute la tesi dei casi difficili di Dworkin –, in che modo «l'applicazione di un diritto contingentemente formatosi possa essere internamente intrapresa in maniera compatibile ed esternamente motivata in maniera razionale, sì da garantire simultaneamente certezza giuridica e giustizia»¹⁹. La ricerca di una compatibilità tra contingenza e certezza giuridica significa, per la teoria del diritto, in negativo, il superamento del paradigma sul quale essa è stata appiattita, e cioè quello della certezza della legge e, in positivo, la ricerca di un nuovo modello di certezza del diritto²⁰, o, come qui si vuol sottolineare, il recupero del suo senso originario.

2. L'orizzonte di senso della decisione.

Per il primo profilo, si è detto in apertura che si registra da più parti e sotto diverse dimensioni, la crisi della certezza del diritto, riflesso di una crisi più ampia e profonda che investe tanto i concetti quanto le concezioni del diritto

¹⁷ *Ibid.* Ferrajoli vede tanto più crescere il potere di disposizione (che - tra i quattro poteri che nella sua analisi compongono il potere giudiziario - è quello prodotto dalle carenze del sistema giuridico) «quanto più si estendono gli spazi di incertezza dei presupposti cognitivi della decisione giudiziaria»; l'incertezza consegue «dall'indecidibilità o dalle difficoltà di decisione sulla verità processuale; e ricorre quando non esiste una soluzione (sia pure solo approssimativamente) vera del caso da giudicare, ma più soluzioni (tutte parimenti) valide» (FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1990, 149).

¹⁸ LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., 17.

¹⁹ HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, 237.

²⁰ Per una ricostruzione storica del recente dibattito sulla certezza del diritto, cfr. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2001, 31.

e dello Stato²¹. Cogliere il rilievo di Lopez de Oñate, che, nel 1939, pubblicò uno scritto sulla certezza del diritto che potrebbe essere definito come uno dei «pensieri degli anni difficili»²², nel quale sottolineava, da un lato, che il «mondo contemporaneo nel quale viviamo si trova da vari decenni in “crisi”» e, dall’altro, che «ogni epoca ha l’impressione precisa di essere epoca di transizione, e di crisi»²³ può contribuire a considerare il problema della certezza del diritto sottraendolo a quella logica del “tutto o niente”, a favore di un’alternativa tra concezione forte e concezione debole²⁴, che meglio può descrivere una nozione che, nelle diverse teorie giuridiche, ha fortemente oscillato tra definizioni che l’hanno ridotta a mito²⁵ o ideale e illusione²⁶ e definizioni che l’hanno valorizzata come «elemento interno al diritto»²⁷ o «elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»²⁸.

Su questa premessa, che può suggerire una migliore messa a fuoco dei concetti in esame in una lettura che ne ridimensioni i contorni²⁹, occorre chiedersi se questa perdurante crisi della certezza giuridica investa realmente tutto il diritto o non sia piuttosto effetto di un riduzionismo per il quale il diritto, risolto nella legge, segua le alterne vicende di questa, in una riconduzione del diritto alla legge, anziché della legge al diritto, favorita dal postulato legalistico che ha dominato e sotteraneamente continua a dominare la cultura giuridica.

²¹ Per i riferimenti bibliografici sul “senso della crisi” con particolare riferimento alla “cittadella penale”, si veda VOGLIOTTI, *Introduzione*, in *Il tramonto della modernità giuridica*, a cura di ID., Torino 2008, 1 ss.

²² Come è noto, questo è il titolo di un libro di EINSTEIN, *Pensieri degli anni difficili*, Torino 1965, che raccoglie riflessioni, che si susseguono dal 1933 al 1950, su temi e problemi di grande rilevanza sul piano scientifico, etico e politico: sono gli anni nei quali vedeva la luce anche il lavoro di Lopez de Oñate.

²³ LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, 25, e così continua: «è ovvio che la storia si presenta proprio come “crisi continua”, attraverso la quale, faticosamente, dal presente e di sul presente nasce l’avvenire»; e in nota: «per ogni epoca trovarsi e sentirsi in crisi significa trovarsi nella storia, o meglio ancora nel tempo, legata cioè ad un termine schiettamente umano» (*ivi*, 25-26).

²⁴ FARALLI, *Il «diritto alla certezza» nell’età della decodificazione*, cit., 631 s. Di certezza relativa o graduabile parla LUZZATTI, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999, 247, 265. Mi permetto di rinviare anche a CAMPANALE, *L’incerto diritto*, Pisa 2001.

²⁵ FRANK, *Law and Modern Mind*, London, 1930, che si apre con il primo capitolo dal titolo: *The Basic Myth*; ma anche MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001, 61.

²⁶ KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, 389: «L’interpretazione secondo la scienza del diritto deve evitare con la massima cura la finzione secondo cui una norma giuridica ammette sempre e soltanto una interpretazione, quella “esatta” (*richtig*). Di questa finzione si è servita la giurisprudenza tradizionale per mantenere l’ideale della certezza del diritto» e ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 1952, 124 ss., il paragrafo intitolato «l’illusione della certezza del diritto».

²⁷ CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano 1970, 9 ss.

²⁸ BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. inter. filos. dir.* 1951, 1, 150.

²⁹ «Di fronte alla pluralità di significati della maggior parte delle norme giuridiche» l’ideale della certezza del diritto «è solo approssimativamente realizzabile» (KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 389).

La crisi della certezza della legge, derivata sì dall'erosione della centralità del codice³⁰, provocata dalle attuali complesse trasformazioni politiche e sociali, è tuttavia sostenuta da fattori endogeni che disgregano dall'interno la forza della legge. La crisi della certezza della legge è infatti innanzitutto crisi della legislazione, che rincorre la certezza attraverso una continua normazione che sfocia in un'abnorme proliferazione delle leggi, che paradossalmente sacrifica quella seppur relativa prevedibilità, anche nella quale la certezza si dispiega. E si mostrano inadeguati correttivi come l'art. 12 delle Preleggi al Codice civile, che, anziché ridurre i margini d'incertezza, li amplificano, in quanto enunciati precettivi che chiedono a loro volta di essere interpretati³¹, con l'ulteriore complessità indotta dalla pluralità dei metodi interpretativi, che «conducono sempre e soltanto ad un risultato possibile, mai però all'unico esatto»³². Paradigmatico il caso relativo all'ammissibilità dell'istituto del dolo eventuale, che fa registrare posizioni differenti per l'adesione a metodi interpretativi differenti: se, infatti, da un lato, seguendo una interpretazione letterale e storica degli artt. 43, 56, 61 n. 3 c.p.³³, si giunge alla conclusione che tale istituto non sarebbe ammissibile; dall'altro, e questa è la posizione che sembra prevalere, si giunge alla conclusione opposta, preferendo un'interpretazione teleologica che, nel ricondurre le ipotesi di divergenza fra voluto e realizzato al principio

³⁰ Cfr. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979. Un tentativo di sottoporre a vincoli formali tale processo di frammentazione si può ritrovare nell'art. 3 bis del c.p., che prevede il principio della riserva di codice: è prematuro valutare l'impatto che esso potrà avere sulla prossima produzione normativa penale, sebbene i primi commenti sollevino dubbi sulla sua efficacia, non avendo questo principio rango costituzionale: v. M. DONINI, *L'art. 3 bis c.p. in cerca del disegno che la riforma Orlando ha forse immaginato*, in *Dir pen proc.*, 2018, 421 ss.; A. CISTERNA, *Appunti in materia di "riserva di codice", legislazione speciale ed azione penale nello Stato di diritto*, in *questa Rivista, Speciale riforme*, 2018; R. BORGOGNO, *La "riserva di codice" e le altre modifiche al codice penale introdotte con il D.Lgs. 1 marzo 2018, n. 21*, *ivi*, 2018.

³¹ TARELLO ha mostrato bene, nella sua definizione della norma come prodotto che segue al processo interpretativo, che un enunciato precettivo «tollerava non una sola, ma un certo numero di interpretazioni; tante interpretazioni quante sono le possibili combinazioni dei significati attribuibili (in un dato ambiente storico-culturale) ai vocaboli del linguaggio ordinario e ai vocaboli tecnici che compaiono in quel particolare enunciato precettivo» (TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, 395). È appena il caso di richiamare le considerazioni sul processo interpretativo nel pensiero di KELSEN, che, sebbene mantenga nella norma di grado superiore l'idea di schema di possibilità di esecuzione, giunge ad affermare che la sentenza non è «la norma individuale, bensì una fra le norme individuali» (*La dottrina pura del diritto*, cit., 384, corsivo nel testo). In questa stratificazione di significati, può ben valere la nota battuta di Taylleurand, ricordata ad altro proposito e per altre ragioni da DERSHOWITZ, «Se andiamo avanti a spiegare, smetteremo di capirci» (*Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso di O.J. Simpson*, Milano 2007, 63).

³² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 385.

³³ G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 279 ss.; v. anche MANNA, *Colpa cosciente e dolo eventuale. L'indistinto confine e la fine del principio di stretta legalità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2012, 197 ss.

di colpevolezza, attraggono nel dolo eventuale l'attivazione di rischi molto elevati³⁴ e ciò nonostante voluti dall'agente³⁵.

Ciò evidenzia la difficile intelligibilità del dettato normativo (nonostante gli sforzi della legistica e della legimatica), che si sovrappone e si avvita sempre più su se stesso, potenziando gli *arcana iuris* che non sempre si dissipano coi ricorsi a quelle interpretazioni autentiche, che molto spesso non sono spiegazioni e chiarimenti logici, quanto piuttosto determinazioni autocratiche del significato: decisioni in termini di volontà più che definizioni in termini di ragione che, quando c'è, è più la ragion di Stato e più spesso le ragioni del potere, come ad esempio, nel confronto tra il legislatore italiano ed il legislatore comunitario in occasione del recepimento, con l'emanazione dell'art. 6 del d.lgs 22/97 (c.d. decreto Ronchi), delle direttive in materia ambientale. La formulazione di tale articolo ha richiesto l'emanazione di una norma che lo stesso legislatore nazionale ha definito di «interpretazione autentica» (così si intitola la rubrica dell'art. 14 della l. n. 138/02). Essa, tuttavia, è sembrata andare oltre la mera interpretazione avendo, in realtà, modificato l'ambito definitorio delineato dalle direttive comunitarie, come ha successivamente statuito la Corte di Giustizia delle Comunità Europee chiamata dal Tribunale di Terni a pronunciarsi sulla legittimità della modifica e dell'«interpretazione autentica» dell'art. 14³⁶.

Così come insufficienti rischiano di apparire quei baluardi innalzati dal diritto penale a difesa della certezza della legge nella sua interpretazione e applicazione³⁷, come il principio di legalità, o il divieto di analogia, o, oltreoceano,

³⁴ G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e "costruzione separata" dei tipi criminosi*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 883 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, I, 2°, Torino 2012, 488 ss.

³⁵ Cass., Sez. un., 26 novembre 2009, n. 12433, Nocera, in *Cass. pen.*, 2010, 7/8, 2548 ss.; con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e Formula di Frank nella ricettazione. Le sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *ivi*, 2555 ss.

³⁶ SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano 2011, 175; da ultimo su questi temi, v. MASSARO, *Dalle criticità del diritto penale nazionale a quelle del "diritto penale europeo": chi è causa del suo mal pianga se stesso? Riflessioni su Taricco e dintorni*, in *questa Rivista*, 2018, 3; GAMBARDELLA, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, *ivi*, 2017, 2.

³⁷ Tra i tentativi di assicurare una maggiore certezza del diritto nell'ambito del processo penale attraverso il contenimento della discrezionalità dei giudici si può citare l'esperienza statunitense del *Sentencing Reform Act* del 1984. Si tratta di una riforma che, in un contesto di svolta securitaria delle politiche criminali americane tese a riportare al centro della valutazione del giudice penale la funzione retributiva della pena, ha condotto a delineare delle *Sentencing Guidelines* federali che hanno cercato di ridurre drasticamente la discrezionalità dei giudici, in particolare sulla determinazione della entità della condanna. Al di là della discussione sul grado di vincolatività di tali linee guida (di molto attenuata con la Sentenza della Corte Suprema *United States vs Booker* del 2005), la riforma ha incontrato da subito moltissime resistenze da parte del corpo della magistratura, che ne ha contestato l'imposizione di pene troppo severe e diseguali tra reati statali e federali; la costruzione di indici di valutazione della gravità del

l'adozione di criteri di standardizzazione delle decisioni giudiziali generati dall'esigenza di contenere il processo interpretativo in precisi confini³⁸: rimedi siffatti, espressione certamente di ricerca di garanzie, sono sì necessari, ma non sufficienti ad assicurare «simultaneamente certezza giuridica e giustezza». Il richiamo alla giustezza come correlativa alla certezza svela un presupposto talvolta trascurato o dato per scontato: che le leggi delle quali si chiede certezza debbano essere giuste perché siano veicolo di garanzia del cittadino: chiedere l'applicazione certa e rigorosa della legge ingiusta apre al paradosso di duplicare l'ingiustizia, occultandola nella forma della legalità. Per tali ragioni, che sono le ragioni della giustizia, la certezza giuridica non può stare senza la giustezza, che di essa non è solo la *conditio sine qua non*, ma anche la *conditio per quam*: l'avverbio «simultaneamente»³⁹ conferma il nesso indissolubile tra la prima e la seconda. Ricondurre la certezza della legge al suo presupposto assiologico non è un problema meramente teorico, perché esso trascina con sé il problema della certezza della decisione giudiziale, che è poi il problema della certezza, non di ciò che è il diritto, proprio della scienza giuridica, ma di quale è e di chi è il diritto per decidere con giustizia una controversia giudiziaria. Se per la scienza giuridica il valore della giustizia è del tutto indifferente rispetto al diritto⁴⁰, per la decisione giudiziale la giustizia è il valore che essa deve fare *comunque* salvo, di modo che la decisione è certa solo se è giusta, e giusta non sempre e non solo in virtù della norma e della sua rigorosa ed esatta applicazione al caso. Fare *comunque* salva la giustizia nella decisione giudiziale, significa ammettere la possibilità di referenti diversi dalla norma per la decisione giudiziale stessa.

Allora, cosa può oggi costituire, nel processo interpretativo, l'aristotelico regolo di Lesbo del giudice? Dallo stesso Luhmann, e oltre lo stesso Luhmann, può giungere l'indicazione di una dimensione che, pur essendo implicata nel-

reato troppo complessi (43 livelli di gravità del reato che, incrociati con 6 livelli di pericolosità del condannato, producono 258 opzioni diverse!) e quindi paradossalmente troppo discrezionali; infine, l'eccessiva rigidità interpretativa introdotta anche per ristabilire un maggior controllo del sistema politico sul potere giudiziario (cfr. per tutti OLESON, *Blowing out all the Candles: A Few Thoughts on the Twenty-Fifth Birthday of the Sentencing Reform Act of 1984*, *University of Richmond Law Review*, 2010, 45, 692-763).

³⁸ Cfr. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011.

³⁹ «[G]leichzeitig *Rechtssicherheit und Richtigkeit*», in HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M. 1992, 244).

⁴⁰ Valgano per tutte le posizioni di Kelsen: «il diritto può quindi avere qualsiasi contenuto» (*La dottrina pura del diritto*, cit., 222) e di ROSS: «non ha senso indagare ulteriormente perché il diritto debba essere "giusto", debba cioè soddisfare i requisiti dell'idea di giustizia (...). Queste condizioni sono assolute e categoriche in quanto promanano da una conoscenza *a priori*, e non possono essere ulteriormente fondate con argomenti razionali» (ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino 1965, 280).

la distinzione, non viene subordinata alla scelta e quindi alla decisione. Infatti, per selezionare la via che conduce alla decisione, privilegiando una delle interpretazioni possibili, il giudice osserva non solo la materia che il legislatore gli fornisce, ma anche il legislatore stesso, che, in quanto osservatore di primo grado, ha distinto e attualizzato, scegliendolo, uno dei due lati della distinzione. La scelta tra le due alternative possibili è indicativa del modo nel quale il legislatore osserva: «ogni decisione su questioni giuridiche (...) deve ubicare se stessa nel contesto di altre decisioni. Insomma deve osservare *come* il diritto è osservato da altri osservatori. In questo senso, si può trattare di legislatori (...) oppure si tratta di sentenze (...)»⁴¹. Se si vuol prendere a prestito dagli studi sull'immagine la riflessione sullo sguardo dell'osservatore, si deve rilevare che «non c'è innocenza dello sguardo (...). C'è un sapere che preesiste a tutti gli approcci»⁴². Il modo nel quale il legislatore osserva, distingue e sceglie, si definisce attraverso quel sapere preesistente che è costituito da una sorta di «conoscenza di sfondo»⁴³, per dir così, che è il patrimonio di idee e di conoscenze che il legislatore possiede e sul quale si apre la scelta, e, su questa, la decisione. A questo complesso di conoscenze il giudice deve guardare perché esso è implicato nell'operazione dell'osservazione non solo del legislatore, ma anche in quella da lui stesso effettuata: ogni decisione su questioni giuridiche deve ubicare se stessa nel contesto di altre decisioni, si è appena ricordato, sia che si tratti di leggi o di sentenze. A tale cornice di riferimento si possono riportare o innestare concetti come quelli di precomprensione di Esser⁴⁴, o di ragione mondana di Pollner⁴⁵, solo per fare un paio di esempi, che costituiscono quell'orizzonte di senso, comune sia al legislatore che al giudice, all'interno della quale si snoda il processo decisionale che conduce all'attualizzazione di una delle alternative possibili, o, che è lo stesso, a quel

⁴¹ LUHMANN, *Il diritto della società*, cit., 214 (corsivo mio).

⁴² DIDI-HUBERMAN, *La condizione delle immagini*, in ECO, AUGÉ, DIDI-HUBERMAN, *La forza delle immagini*, Milano 2015, 55.

⁴³ Uso qui in senso ampio questa espressione che, come è noto, POPPER utilizzava per indicare la conoscenza assunta senza discussione in un determinato tempo (POPPER, *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evolucionistico*, Roma 2002, 75).

⁴⁴ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli 1983: «comprendere non è un semplice riconoscere che qualcosa “è così”, ma è riconoscere il motivo e il senso di questo “essere così”. Mentre il giurista cerca di comprendere, al di là dell'oggettività delle regole formali, il motivo determinante del loro essere così, egli sta già interpretando» (*ivi*, 117).

⁴⁵ POLLNER, *La ragione mondana. La realtà nella vita quotidiana e nel discorso sociologico*, Bologna 1995. Sebbene il titolo non ne dia immediatamente conto, l'analisi di POLLNER prende l'avvio da un'indagine etnometodologica nell'ambito di un contesto giudiziario, ponendo in questione la natura e la pratica della ragione mondana, costituita da «una rete di credenze sulla realtà, il sé e gli altri» (*ivi*, 22), così come si può trovare espressa anche nei tribunali.

significato che diviene norma attraverso il processo interpretativo. Quando Hruschka, analizzando i presupposti metodologici della costituzione del caso giuridico come problema di selezione e interpretazione tanto delle disposizioni giuridiche quanto dei dati di fatto, discute dell'«interesse» del giudicante per l'indagine e per l'obiettivo di questa, rileva che «l'interesse è condizionato, soprattutto, dalla formazione e dal sapere nonché dalla situazione del giudicante – situazione intesa non solo nel senso immediato di situazione spaziale, ma anche in quello traslato di insieme di predecisioni fondamentali»⁴⁶.

La riflessione di Hruschka chiama in causa quell'altro processo interpretativo indissolubilmente legato al primo, al quale qui si può fare solo un cenno, che viene solitamente richiamato alla mente con l'espressione «accertamento fattuale» – espressione che rinvia ancora a quell'esigenza di certezza – e che vede tuttavia come fondamentale l'interpretazione dei fatti⁴⁷: «conoscenza, selezione e interpretazione dei fatti sono le funzioni dell'accertamento fattuale»⁴⁸. Dell'inevitabile interferenza di un insieme di credenze e conoscenze che orientano e determinano il processo di accertamento dei fatti parla Pollner, quando afferma che «il processo di interpretazione attraverso il quale il giudice organizza i pezzi disparati di informazione in *una versione unitaria possibile* di una situazione nel mondo è guidato dalle supposizioni mondane che riguardano la coerenza e la determinatezza dell'oggetto del mondo»⁴⁹. Non

⁴⁶ HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, Bologna 2009, 42. Nell'*Introduzione*, ZACCARIA, collocando l'analisi di Hruschka nella prospettiva ermeneutica che si snoda da Gadamer a Ricoeur ad Esser, scrive che la funzione specifica del testo giuridico «sta nell'aprire referenze sempre nuove, ossia nello sviluppare nuove dimensioni di realtà, concretizzando significati innovativi in situazioni diverse da quelle da cui è stato prodotto. (...) la formulazione della norma è sì decisiva, poiché seleziona una soltanto fra molteplici possibilità di regolazione del reale, ma la sua comprensione deve compiersi risalendo, grazie ad essa, al di là della norma stessa, fino a giungere a quell'ambito profondo di realtà che collega tutte le possibilità che si sprigionano dalla scrittura originaria, e che solo dunque getta piena luce sul senso specifico della possibilità regolativa prescelta» (*ivi*, 10).

⁴⁷ Cfr., DE CATALDO NEUBURGER, *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, Padova 2008, 23: «interpretare» è l'impegno centrale del lavoro giudiziario. Il tribunale esiste per interpretare i casi che la gente gli sottopone, per risolvere con la sentenza le molteplici versioni dei fatti esposti dai testimoni. Anche i testimoni interpretano. Riportano ricordi che altro non sono che interpretazioni del passato. Gli avvocati, a loro volta interpretano; la relazione introduttiva o l'arringa altro non sono che interpretazione dei fatti che essi sperano verranno accettati da chi deve decidere. Anche il giudice interpreta quando arriva alla decisione e annuncia pubblicamente quale versione o interpretazione suggerita egli ritenga di accogliere».

⁴⁸ HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, cit., 28; poco prima, citando il suo Maestro, Karl Larenz, che a sua volta richiama la celebre formula di Karl Engisch dell'«andirivieni dello sguardo», ricorda la sua descrizione dell'accertamento fattuale come «un procedimento di giudizio, interpretazione e cernita».

⁴⁹ POLLNER, *La ragione mondana. La realtà nella vita quotidiana e nel discorso sociologico*, cit., 96. Nell'ambito degli studi di psicologia giuridica è stata posta attenzione ai processi che guidano il ragio-

esiste un'osservazione che possa dirsi neutrale: se si vuole cercare, come pure è stato tentato⁵⁰, una simmetria tra ermeneutica ed epistemologia, si può ricordare la definizione dell'osservazione come *theory-laden* di Hanson, per la quale i fatti sono impregnati di teoria⁵¹; a maggior ragione, poi, quando i fatti appartengono al passato: l'analogia tra indagine giudiziaria e indagine storiografica, tra il giudice e lo storico, impegnati entrambi nella "ricostruzione" dei fatti, è stata a lungo esplorata⁵². «I fatti in "oggetto" - sottolinea ancora Pollner - per un giudice (...) sono caratteristiche del mondo indipendenti dalle maniere in cui sono osservabili. Eppure, i fatti sono disponibili solo attraverso un corso situato di attività: parlare, indicare, rappresentare, percepire, pensare»⁵³. Tale corso *situato* di attività, il vincolo di *posizione*⁵⁴ dell'interprete sottolineano l'ineludibilità della relazione dialettica tra quell'«orizzonte interrogativo»⁵⁵ del giudicante e il più ampio orizzonte di senso, «storico-sociale»⁵⁶, nel

namento del giudice in vista della decisione, rilevando la tendenza all'elaborazione dei fatti in forma narrativa: cfr. Catellani, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna 1992, 133 ss.; v. anche, GAMBETTI, NORI, BENSI, STRAZZARI, GIUSBERTI, *Ragionamento e giustizia: Analisi di un procedimento penale*, in *Psychofenia*, 2007, 10, 16.

⁵⁰ ANTISERI, *Teoria unificata del mondo*, Torino 2002, ha rilevato una quasi identità o almeno sovrapposibilità del circolo ermeneutico di Gadamer e il metodo delle congetture e confutazioni di Popper; v. anche ID., *Quando, come e perché epistemologia e ermeneutica «unum et idem sunt»*, in ALBERT, ANTISERI, *Epistemologia, ermeneutica e scienze sociali*, Roma 2002.

⁵¹ HANSON, *I modelli della scoperta scientifica. Ricerca sui fondamenti concettuali della scienza*, Milano 1978.

⁵² Cfr. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1939, 26; vi fa richiamo ENGISCH in *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, 70 e HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, cit., *passim*; v. anche TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. pen.*, 1967, 22; UBERTIS, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Il tramonto della modernità giuridica*, cit. Per superare le obiezioni all'analogia con l'indagine storiografica, se ne è proposta un'altra, quella con la diagnostica clinica: v. FERRER BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Milano 2012, 37 ss. e relativa bibliografia (sebbene tale parallelismo sia stato già anticipato da Enrico Altavilla, uno dei padri della psicologia giuridica italiana).

⁵³ POLLNER, *La ragione mondana. La realtà nella vita quotidiana e nel discorso sociologico*, cit., 81.

⁵⁴ HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, cit., 57 s.: «Senso e significato di un dato di fatto scaturiscono dal modo di vedere di chi fissa questo dato: quindi, il senso corrisponde al modo di vedere, ciò che è rivestito di senso a ciò che è visto. Nel caso della domanda, la prospettiva, l'aspetto valoriale appaiono come il richiesto. Se manca questo vincolo di posizione e questo riferimento di valore, se manca una direttiva sulla significatività di ciò che viene sottoposto a domanda, quest'ultima è inconcepibile».

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, cit., 118: «se l'interpretazione è rivolta a rendere comprensibile ciò che non è comunque "univoco", la sua prestazione dipende già da ciò che l'interprete, nella sua idea legata al tempo, afferma e comprende come univoco e palese. La posizione nei confronti del testo da parte di chi lo consulta viene però ulteriormente pregiudicata dalla sua aderenza al testo stesso: da ciò che egli si aspetta, quindi, dal suo orizzonte storico-sociale» (corsivo mio). E, citando Bet-

quale il primo si colloca: l'interazione tra «cultura giuridica interna» e «cultura giuridica esterna»⁵⁷, per ricordare l'ormai classica distinzione proposta da Friedman, dice in altri termini della necessità di mantenere teso il legame tra queste diverse forme di sapere, se si voglia tenere nella debita considerazione le istanze che provengono dalla realtà storico-economico-politico-sociale in continuo divenire e tendente ad una sempre più crescente complessità, alla quale il diritto deve costantemente adeguarsi⁵⁸, non meno di quanto quella realtà debba adeguarsi al diritto: proprio in riferimento al sistema penale, si è rilevato «che le pratiche penali sono modellate dalla grammatica simbolica delle forme culturali, (...) così che nell'analisi della pena, oltre alle logiche dell'interesse materiale e del controllo sociale, dovremmo cercare modelli di espressione culturale»⁵⁹. Simboli e modelli sono iscritti in una cornice di significati, di valori e di rappresentazioni culturali che trovano la loro sintesi in quel nucleo di senso dei sistemi giuridici che sono i principi⁶⁰, che vincolano il giudice non meno di quanto lo vincolano le regole. In essi si dà convergenza di quei valori fondamentali che attraversano la cultura giuridica esterna e prendono forma nella cultura giuridica interna⁶¹, e non sono propri e specifici

ti, «ciò significa il riconoscimento di anticipazioni di attese, relative al processo di interpretazione» (*ibidem*).

⁵⁷ FRIEDMAN distingue tra cultura giuridica interna, quella dei giuristi professionisti o di coloro «che lavorano nel cerchio magico del sistema giuridico», e cultura giuridica esterna, quella dell'uomo della strada (*Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna 1978, 223), e cultura giuridica esterna, quella dell'uomo della strada. Cfr. ID., *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge 1990 e ID., *Is There a Modern Legal Culture?*, in *Ratio Juris*, 1994, 7; e v. anche COTTERRELL, *The Concept of Legal Culture*, in NELKEN, *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth 1997. A proposito della proposta friedmaniana, sarebbe interessante porre in relazione, a sua volta, la cultura giuridica interna con la *local legal culture* teorizzata da CHURCH in *Examining Local Legal Culture. Practitioner Attitudes in Four Criminal Courts*, Williamsburg, National Center for State Courts 1982, in riferimento, ad esempio, all'attività delle organizzazioni giudiziarie.

⁵⁸ FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 26. Quando FRANK sostiene che «buona parte dell'incertezza del diritto non è uno sfortunato incidente, ma un fatto di enorme importanza sociale», la pensa come l'inevitabile riflesso del costante lavoro di revisione delle leggi nel loro capillare adattamento ad una società in continua evoluzione, impedendo così a quest'ultima di ritrovarsi «costretta in una specie di camicia di forza» (*Il diritto e i giudici in Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, a cura di CASTIGNONE, FARALLI, RIPOLI, Torino 2002, 392-393, corsivo nel testo).

⁵⁹ GARLAND, *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*, Milano 1999, 241. Garland, come si sa, ha proposto una costruzione della teoria della pena che riconosca l'apporto degli aspetti culturali e simbolici di essa, elaborando un concetto di *penal culture* che mostra importanti affinità con quello di *legal culture*.

⁶⁰ I principi, afferma ZAGREBELSKY richiamando Perelman, dovrebbero costituire «una sorta di senso comune del diritto» (ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 169 ss.).

⁶¹ BERTI, nella prospettiva del pluralismo delle società contemporanee, legge i diritti umani, riprendendo la definizione aristotelica, come moderni *éndoxa*: «diffusi nell'opinione pubblica (*en doxa*), fungono da premesse dei cosiddetti sillogismi dialettici, cioè di quelle argomentazioni che non sono propriamen-

di un singolo sistema giuridico, ma di ogni ordinamento giuridico che in essi si riconosca⁶². Nei principi è stato rilevato un ulteriore fattore di incertezza, per essere norme a fattispecie aperta, cosa che, paradossalmente, produrrebbe incertezza anziché certezza ove il giudice vi si riferisse nell'interpretazione in vista della decisione. Può valere qui la considerazione che Alexy fa quando, discutendo la tesi della separazione di diritto e morale propria del concetto positivistico di diritto, si chiede se un concetto di diritto che rinuncia ad includere elementi morali sia sì più semplice e più chiaro di un concetto che invece li include, ma sia anche adeguato⁶³. Il problema è qui: se la riduzione dell'incertezza, e della complessità⁶⁴, possa andare a scapito dell'adeguatezza della decisione, o detto altrimenti, della giustizia nella decisione.

3. La possibilità della decisione.

Occorre dunque sottrarre, e qui è il secondo profilo della questione, il principio della certezza del diritto alla sua identificazione con quello della certezza della legge, nella misura in cui si sottrae il concetto di diritto alla sua identificazione con il concetto di legge, nell'idea di un diritto oltre la legge⁶⁵. La ri-

te dimostrative, nel senso scientifico del termine, perché non partono da premesse necessariamente vere, ma non sono nemmeno "eristiche", cioè assunte per mero spirito di contesa, al fine di prevalere nelle discussioni con qualsiasi mezzo, anche con l'imbroglio. Le argomentazioni dialettiche mirano a confutare, o a stabilire una tesi, con mezzi leali, logicamente corretti, partendo da premesse condivise dal proprio interlocutore e producendo quindi conclusioni che egli sarà ugualmente tenuto a condividere (...) oggi la funzione di quelli che Aristotele chiamava *éndoxa* può essere svolta dai diritti umani, cioè dalle enunciazioni contenute nelle grandi dichiarazioni dei diritti, quali sono le carte costituzionali dei vari Stati e le dichiarazioni delle grandi organizzazioni internazionali, ossia l'O.N.U., il Consiglio d'Europa, l'Organizzazione dell'Unità africana, l'Organizzazione della Conferenza islamica, ecc.» (*Attualità dei diritti umani*, in «*Ars interpretandi*», 2001, 86 ss.). Sugli *éndoxa* nel diritto v. anche VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano 1962, 18. Va oltre la tesi di BERTI, ricollocando gli *éndoxa* nella 'cultura popolare' attraverso il richiamo al pensiero di SAVIGNY, AZZONI, *Éndoxa e fonti del diritto*, in *La retorica tra scienza e professione legale. Questioni di metodo*, a cura di FERRARI, MANZIN, Milano 2004.

⁶² Non si può affrontare qui il problema dei rapporti delle fonti normative europee con il diritto penale interno: si vuol solo notare la funzione coordinatrice che i principi potrebbero svolgere, non solo in una dimensione nazionale, ma anche transnazionale. Sul punto, v. A. GAITO, A. MANNA, *Premesse introduttive allo studio delle recenti riforme in tema di giustizia penale*, in *questa Rivista, Speciale riforme*, 2018; A. MANNA, M. DI FLORIO, *Il trascorrere del tempo nel diritto penale: la prescrizione del reato tra le "criticità" della disciplina e il "difficile dialogo" tra CGUE e Corte costituzionale*, *ivi*, 2018; V. PLANTAMURA, *Legalità costituzionale e convenzionale: tra misure di prevenzione e concorso esterno*, in *questa Rivista*, 2018, 3; ESPOSITO, *Il divenire dei giudici tra diritto convenzionale e diritto nazionale*, *ivi*, 2018, 3; CIVELLO, *La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza "Varvara"? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica*, *ivi*, 2018, 3.

⁶³ ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, Torino 1997, 43; ma v. anche 17.

⁶⁴ D'altro canto, come fa notare ALEXY, «anche un concetto complesso può essere chiaro» (*ivi*, 43).

⁶⁵ Mi permetto di rinviare al mio *Il diritto oltre la legge. Nel pensiero di G. Radbruch e R. Dworkin*,

sposta alla domanda se il diritto sia per valori, principi o regole⁶⁶, non può essere che quella secondo la quale il diritto è per valori, principi e regole. Un esempio tra i tanti della forza dei principi lo si può ritrovare nel reato di abuso d'ufficio. L'inserimento dell'inciso «in violazione di legge o di regolamento», nel testo dell'art. 323 c.p., riformato dalla novella del 1997 (l. 234/97) come caratteristica modale della condotta di abuso, aveva lo scopo, nelle intenzioni del legislatore, di sottrarre al sindacato del giudice penale l'eccesso di potere. Dopo un iniziale uniformarsi delle decisioni giudiziali alla *voluntas legislatoris*, è andato delineandosi, in dottrina come in giurisprudenza, un più recente indirizzo che sembra invece rivalutarne, tra le interpretazioni ammesse dal testo legislativo, una conforme alla Carta costituzionale con riferimento ai valori sanciti dall'art. 97⁶⁷.

Si pensi anche alle dispute interpretative che hanno interessato l'art. 590 *sexies* c.p., ad una interpretazione letterale del testo offerta da una sezione semplice della Cassazione, che riduceva la norma alla pratica inapplicabilità⁶⁸, si è succeduta una diversa interpretazione che espandeva sin quasi ai limiti della legittimità costituzionale, il dettato normativo⁶⁹. Questo contrasto interpretativo è stato risolto dalle Sezioni unite della Cassazione prediligendo una interpretazione *praeter legem*, là dove – sostiene la Cassazione – soltanto l'interpretazione *contra legem* viola il disposto di cui all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. In tal modo la Cassazione recupera elementi testuali impliciti nella disposizione dell'art. 590 *sexies*, ricavandoli dalla disposizione abrogata e cioè l'art. 3 del decreto legge 3 settembre 2012 n. 158⁷⁰.

Bari 2008.

⁶⁶ ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?*, in *Quad. fior. st. pen. giur. mod.*, 2002, 31, 865 ss., il quale restituisce ai principi il compito di «illuminare» di senso la realtà portatrice delle esigenze di ordine giuridico, là dove una lettura che appiattisca il diritto sulla legge attribuisce ai principi una mera funzione «suppletiva, integrativa o correttiva delle regole giuridiche», cadendo nella «intrinseca contraddizione di assegnare alle norme dotate di maggior enfasi contenutistica - i principi - una funzione puramente accessoria rispetto a quella delle norme che ne hanno di meno - le regole».

⁶⁷ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi nel sistema penale*, Torino 2004, 44 ss. V. anche D. NOTARO, *In foro illicito versari. L'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino 2015, 104 ss. Ciò conferma come sia estremamente difficile e complesso, anche attraverso strumenti normativi, «imbrigliare» l'interpretazione e i suoi possibili esiti imprevedibili: v. C. IASEVOLI, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi*, in *questa Rivista*, 2018, 3.

⁶⁸ Cass., Sez. IV, 20 aprile 2017, T.M., in *Giur. It.*, 2017, 10, 2199, con nota di Riscato.

⁶⁹ Cass., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, Cavazza, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 12, 1558.

⁷⁰ Cass. Sez. un., 21 dicembre 2017, n. 8770, Mariotti. Cfr. Di LANDRO, *Colpa medica, linee guida e buone pratiche. Spunti di riflessione comparatistici Dalle Sez. Un. "Mariotti" alle esperienze angloamericane*, in *questa Rivista*, 2018, 2; ROIATI, *Il compromesso interpretativo praeter legem delle Sezioni unite in soccorso del nuovo art. 590-sexies c.p.*, *ivi*, 2018, 2; M GAMBARDELLA, *La responsabilità penale del medico: dal "ritaglio di tipicità" del decreto Balduzzi alla "non punibilità" della legge Gelli-Bianco*,

Ciò non sposta, ma allarga l'ambito di referenza del giudizio, collocando la "triade" valori-principi-regole non in un rapporto gerarchico, ma in una connessione a cerchi concentrici, che ha come centro la giustizia, con significative conseguenze per il problema della certezza del diritto, certezza che non è solo tecnica, ma anche etica⁷¹, se può valere la considerazione di una «giurisprudenza etica», oltre quella «tecnica». A ragione Alexy, discutendo dei casi dubbi che fa rientrare in quell'«ambito di apertura» che richiama l'*open texture* di Hart, sottolinea – contro la tesi giuspositivistica che sostiene che il giudice debba decidere sulla base di criteri non giuridici o extragiuridici – come, attraverso l'argomento dei principi, egli sia «vincolato al diritto anche nell'ambito di apertura del diritto positivo»⁷²; riconoscendo ai principi una doppia proprietà, «la necessaria appartenenza sia al diritto sia alla morale», nei casi dubbi il giudice decide sulla base di criteri giuridici⁷³, consentendo così la decisione. Rispondendo alla domanda di Umberta Telfner che gli chiede cosa sia la realtà, von Foerster racconta la storia del diciottesimo cammello⁷⁴, poi ripresa da Luhmann in un saggio dedicato alla restituzione del dodicesimo cammello⁷⁵. Al di là del numero dei cammelli, il senso della storiella resta identico: il dodicesimo (o diciottesimo che sia) cammello compie una funzione operativa ad un più alto livello, rende possibili delle decisioni⁷⁶: i principi operano, all'interno del sistema diritto, come il dodicesimo/diciottesimo cammello, poiché consentono al giudice, nel caso in cui una

ivi, *Speciale riforme*, 2018; MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, *ivi*, 2017, 3.

⁷¹ LOPEZ DE OÑATE definisce la certezza come la «specifica eticità del diritto» (*La certezza del diritto*, cit., 157 ss.). Scrive FASSÒ, richiamando Aristotele, che egli «vide bene entrambe le facce, quella etica e quella tecnica, della certezza» (FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, cit., 909).

⁷² ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., 72.

⁷³ *Ivi*, 80. E così continua: «se si vuole incomodare l'ambigua dicotomia di forma e contenuto, si può dire che egli decide secondo il contenuto sulla base di ragioni morali, secondo la forma sulla base di ragioni giuridiche» (*ibidem*).

⁷⁴ VON FOERSTER, *Sistemi che osservano*, cit., 49. Questa la storia che von Foerster riferisce: «Un prete islamico, un mullah, sta cavalcando sul suo cammello nel deserto quando vede tre uomini e dei cammelli in lontananza. Li raggiunge e li saluta, chiedendo loro la ragione di tanta tristezza. «Nostro padre è morto». «Questo è molto triste ma sicuramente Allah lo ha accettato. Vi deve aver lasciato qualcosa». «Ci ha lasciato quello che possedeva, questi 17 cammelli e ci ha chiesto di spartirli tra noi. Il fratello più vecchio dovrebbe avere la metà dei cammelli, il secondo un terzo e l'ultimo un nono. Abbiamo provato a dividerli tra noi, ma ci è risultato impossibile con 17 cammelli». Il prete comprende il problema, aggrunge il suo cammello e comincia a dividere: la metà di 18 è 9; un terzo è 6, un nono è 2. 9 + 6 + 2 = 17. A questo punto salta in groppa al suo cammello e si allontana» (*ibidem*).

⁷⁵ LUHMANN, *Die Rückgabe des zwölften Kamels: zum Sinn einer der soziologischen Analyse des Rechts*, in *ZRecht* Bd. 2000, 21.

⁷⁶ *Ivi*, 4.

decisione si mostri impossibile facendo ricorso alle regole, di raggiungerla comunque, restando all'interno del diritto⁷⁷, con l'effetto tra l'altro, non trascurabile, di funzionare al contempo come condizione di quel costante, necessario adeguamento del diritto alla realtà sociale di cui si è detto, indicandone la direzione di sviluppo. Uno sguardo ad un caso concreto può essere illuminante di tale duplice funzione: nel ricostruire il concetto di prostituzione, la giurisprudenza ha ritenuto di prescindere dalla contestualità del rapporto cliente-prostituta, estendendolo anche a forme di interazione via *web cam*, consentendo così l'applicazione della norma sullo sfruttamento della prostituzione. Tale tipo di interpretazione, sebbene abbia suscitato alcune riserve perché applica la norma estendendola in chiave evolutiva, prescindendo dal requisito-base della contestualità che sino ad allora appariva irrinunciabile, mostra tuttavia la necessità per la decisione di referenti extralegali che, per non essere legali, non sono meno giuridici, fino al paradosso di consentire alla legge di sopravvivere a se stessa, sostenendo così il peso della realtà che essa disciplina⁷⁸.

Restituita al suo senso autentico, la certezza del diritto può allora fare posto, nel diritto contemporaneo dai contorni sempre più ampi, all'equilibrio: il passaggio dalla garanzia della certezza alla garanzia dell'equilibrio vede il giudice, e non solo il giudice, operare quel bilanciamento tra principi che sostanzia il processo interpretativo, tanto da rilevare un mutamento di paradigma che colloca in una prospettiva secondaria la certezza del diritto come ideale normativo⁷⁹. Ciò può avere senso se per certezza del diritto si intenda la certezza della legge, altrimenti, poiché del diritto fanno parte i principi, si porrebbe in om-

⁷⁷ZAGREBELSKY richiama l'attenzione sulla contraddizione in cui si incorre assegnando ai principi una funzione suppletiva, integrativa o correttiva delle regole giuridiche, poiché essi si ritroverebbero a svolgere una funzione accessoria rispetto alle regole, capovolgendo così il rapporto gerarchico esistente tra i primi e le seconde (*Il diritto mite*, cit., 158 ss.).

⁷⁸ Cass., Sez. un., 21 marzo 2006, n. 346. Con ulteriori richiami giurisprudenziali, indaga il medesimo caso sotto il più ampio orizzonte di analisi della «transizione dal significato come “sostanza” al significato come “relazione”» VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, cit., 11 ss. Ciò riapre la problematica relativa all'introduzione di norme che stabiliscano il valore vincolante del precedente: da ultimo, v. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in *questa Rivista*, 2017, 1; in una diversa prospettiva dialogica e coinvolgente il ruolo dell'avvocatura, v. INSOLERA, *Nomofilachia delle Sezioni unite, non obbligatoria, ma dialogica: il fascino discreto delle parole e quello indiscreto del potere*, *ivi*, *Speciale riforme*, 2018. Su questa tematica, bisogna anche tener conto della riforma Orlando, v. IASEVOLI, *La ‘metamorfose’ efficientista della Cassazione penale*, in *ivi*, 2018.

⁷⁹ PALOMBELLA, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari 2006. L'Autore vede impegnati nella costituzione di un «diritto in equilibrio, non solo l'attività giudiziale, ma la sua stessa struttura, i suoi istituti, i suoi principi di funzionamento, le regole di coesistenza delle libertà del singolo» (*ivi*, 5).

bra proprio ciò a cui oggi si chiede di essere vettore di garanzia di equilibrio. La certezza del diritto non passa allora in second'ordine, poiché il bilanciamento dei principi non solo non nega, ma anzi conferma la certezza del diritto come certezza della giustizia, della e nella giustizia anche penale. Commentando lo sforzo di Llewellyn di cercare criteri di razionalizzazione dell'attività giudiziale, si è ricordato che, tra i quattordici fattori individuati dal fondatore del movimento del giusrealismo americano, il più importante è il *professional judicial office*, «intendendo con questa locuzione la professionalità e l'imparzialità a cui il giudice deve saper tendere: egli deve essere aperto, ricettivo verso tutte le istanze, deve saper ascoltare, informarsi, tenere in conto non solo le ragioni dei litiganti ma quelle di *all of us*, di tutti»⁸⁰.

⁸⁰ CASTIGNONE, *Introduzione. «La rivolta contro il formalismo»*, in ID, *Il diritto come profezia*, cit., 185. In queste ragioni “di tutti” sarebbe possibile ritrovarle ragioni di quella cultura giuridica esterna che spesso si fa “opinione pubblica”: anche a tale tipo di uditorio il giudice rivolge le sue motivazioni, giustificando la decisione. In questa visione onnicomprensiva si spiega anche l'esigenza di una maggiore adesione da parte della magistratura giudicante all'obbligo di motivare la non condivisibilità dell'interpretazione più favorevole all'imputato, circoscrivendo così, di fatto, la discrezionalità giudiziale. Sul punto, cfr. CATERINI, *L'interpretazione favorevole come limite all'arbitrio giudiziale. Crisi della legalità e interpretazione creativa nel sistema post-democratico dell'oligarchia giudiziaria*, in *Autorità e crisi dei poteri*, a cura di HELZEL ed KATO, Padova 2012, 118 ss.; SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.la legislazione penale.eu.