



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Giovanni Bisogni

**Chi dev'essere l'interprete della legge? Brevi  
osservazioni storico-concettuali**

**Numero XII Anno 2019**

*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Napoli L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungoglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Martino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Isr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attesa considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.



## CHI DEV'ESSERE L'INTERPRETE DELLA LEGGE? BREVI OSSERVAZIONI STORICO-CONCETTUALI<sup>1</sup>

Ad un giurista di diritto positivo il titolo del mio contributo suonerebbe strano: e chi può essere l'interprete della legge se non il giudice? Anzi, di questi tempi – i tempi della 'crisi' o almeno della 'complessità' – il giudice *deve* essere l'interprete, nel senso che non può non esserlo – e, del resto, non saremmo qui a discuterne se il tema non avesse la sua rilevanza scientifica.

Eppure, è un luogo comune quello secondo cui le leggi dovrebbero essere chiare fino al punto da non aver bisogno di essere interpretate. In Costituzione è scritto che i giudici sono soggetti "soltanto alla legge" e, quindi, non dovrebbero determinare il contenuto della sentenza; l'interpretazione poi, agli occhi di un profano, appare come una giungla misteriosa e piena di pericoli, dalla quale la legge, una volta entratavi, può uscire stravolta o può non uscirvi affatto; per giunta in ambito penale l'interpretazione fa un po' paura perché ciò che è in gioco è la libertà personale e nel 'penale' dovrebbe contare solo la legge...

Perché, allora, porsi un quesito che nessun giurista potrebbe sensatamente avanzare e che nessun cittadino vorrebbe sinceramente porsi? Più precisamente: da dove proviene questo evidente e, proprio in quanto tale, curioso scarto fra il senso comune dei 'profani' e un altro senso comune, quello dei giuristi di professione, siano essi pratici o dediti allo studio teorico del diritto?

---

<sup>1</sup> Il testo rappresenta la versione scritta della relazione tenuta il 16 novembre 2016 al convegno dal titolo 'Il ruolo dell'interpretazione nel diritto penale. Prospettive antiche, moderne e contemporanee', presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno. Di quel contesto conserva l'agilità dello stile e il numero delle note limitato all'essenziale.

Proverò a rispondervi nelle osservazioni che seguono; e proverò a rispondervi assumendo come riferimento privilegiato il diritto penale. Ciò non perché le leggi penali si interpretino in maniera differente rispetto a tutte le altre leggi, ma esattamente il contrario: perché il diritto penale, dati gli interessi e i valori in gioco, evidenzia molto efficacemente cosa può fare l'interpretazione anche in altri rami dell'ordinamento giuridico. Detto altrimenti, il diritto penale è per l'interpretazione della legge *tout court* – e soprattutto per i filosofi del diritto che ne se occupano – come un banco di prova: più rapidamente che in altri settori il diritto penale esibisce potenzialità e rischi dell'interpretazione e, pertanto, ogni teoria dell'interpretazione (della legge) che ambisca ad essere autenticamente generale dovrebbe essere sempre sottoposta a quella 'prova di carico' che è l'applicazione in ambito penale.

Il ragionamento si svilupperà in due passaggi. Nel primo si effettuerà una ricostruzione, basata essenzialmente sulla notissima opera di Cesare Beccaria 'Dei delitti e delle pene', del 'posto' che l'interpretazione della legge ha nel 'nostro' modello di diritto (non solo, ma anche penale) – 'nostro', in quanto proprio della famiglia di *civil law*. Successivamente ci si sposterà sull'attualità, cercando di capire se quel 'posto' sia rimasto il medesimo e provando a gettare lo sguardo su tutte quelle proposte teoriche che, di 'posto', all'interpretazione ne vogliono dare un altro rispetto al modello di partenza.

1. La tesi secondo cui la legge è bene non sia interpretata ha una paternità autorevole. Risale nientemeno che a Cesare Beccaria o, meglio – visto che da tempo si è dimostrato *per tabulas* che non

fu solo e forse affatto farina del suo sacco<sup>2</sup> – all'opera che convenzionalmente viene additata come una pietra miliare nella storia del diritto (penale) ovvero 'Dei delitti e delle pene', pubblicata nel 1764.

Il passo è il seguente: «Nemmeno l'autorità d'interpentrare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori. (...) Chi sarà dunque il legittimo interprete della legge? Il sovrano, cioè il depositario delle attuali volontà di tutti, o il giudice, il di cui ufficio è solo l'esaminare se il tal uomo abbia fatto o no un'azione contraria alle leggi?»<sup>3</sup>.

È da qui che deriva il titolo del mio contributo: la domanda che vi figura non è mia, è proprio di Beccaria. Per di più, la risposta è diametralmente opposta al senso comune del giurista contemporaneo: il giudice non deve essere l'interprete delle leggi, ma può esserlo solo chi le fa ovvero il legislatore. Orbene, che cosa intende Beccaria per 'interpretazione', fino al punto da sostenere l'idea apparentemente così astrusa secondo cui essa deve essere inibita al giudice e attribuita al legislatore?

Analizziamo separatamente le due parti in cui essa si articola.

Che il giudice non debba interpretare è tesi arcinota di Beccaria. È quella che lo porta ad asserire che l'applicazione della legge (non solo penale) ad un caso concreto debba consistere in un «sillogismo perfetto»<sup>4</sup>. Ma è tesi che normalmente oggi nessuno osa esprimere in prima persona, ma solo nella forma del discorso indiretto ovvero riportando proprio ciò che è scritto ne 'Dei delitti e delle pene'. In altri termini, è una tesi che è percepita come così ingenua che solo quegli ingenui o sognatori degli illuministi

---

<sup>2</sup> Cfr. F. VENTURI, *Introduzione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, Torino, 1973, 7 e ss.

<sup>3</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 12.

<sup>4</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 12.

potevano permettersi di avanzarla, e a riprova di questa 'ingenuità' si sottolinea il suo carattere iperrazionalistico: pretendere di ridurre tutto il ragionamento giudiziario al sillogismo – peraltro, come noto, uno solo per Beccaria<sup>5</sup> – equivale ad annullare qualsiasi manifestazione di *voluntas* da parte del giudice, quasi che il linguaggio magicamente sia in grado di impedire discrezionalità.

Si tratta, tuttavia, di un'interpretazione poco caritatevole e, a dirla tutta, decisamente indifferente alla contestualizzazione storica. Non bisogna dimenticare che Beccaria scrive nel 1764 e all'epoca 'interpretare' – per dirla con Giovanni Tarello – «non designava la attribuzione di un senso ad un messaggio documentato, né i modi di tale attribuzione da parte di chicchessia, bensì designava la specifica emissione di un messaggio di particolare qualità (ad es., *ius dicere*) da parte di chi *poteva*, era capace di, era legittimato a, emetterlo»<sup>6</sup>. Detto altrimenti, la 'interpretazione' cui Beccaria si riferisce non era (ancora) quella circoscritta operazione di ascrizione di significato a enunciati contenuti in documenti scritti, ma quella più ampia attività che prendeva il nome di '*interpretatio*' e che consisteva nella 'gestione' del diritto ogniqualvolta non soccorresse la volontà espressa e puntuale del principi – la *lex*<sup>7</sup>. Pertanto, quando Beccaria ingiunge ai giudici di non 'interpretare', non sta ingenuamente sostenendo che non si debba nemmeno ricercare il significato veicolato dai termini utilizzati dal legislatore<sup>8</sup>. Anzi, ben si può dire che sia stato

---

<sup>5</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 12.

<sup>6</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 4.

<sup>7</sup> Cfr., ad es., M.N. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in '*Criminalia 2013. Annuario di scienze penalistiche*', 2014, 179 e ss.

<sup>8</sup> Lo sostiene, ad es., G.D. PISAPIA, *Presentazione*, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1973, 24, e, più recentemente, V. VELLUZZI, *La preziosa*

proprio l'enorme successo di questo libricino ad aver imposto in questo senso un mutamento nell'uso linguistico: è con Beccaria che inizia quel percorso storico-semanticamente che porterà l'interpretazione a divenire talmente semplice da risultare secondaria rispetto all'autentico compito spettante al giurista ovvero la costruzione dogmatica<sup>9</sup>. A seguito di questo percorso 'interpretare' diventerà un'operazione che per la sua banalità non ha nulla di creativo – può essere fatta anche dal 'profano', dizionario alla mano<sup>10</sup> – o di una creatività talmente circoscritta da non sollevare particolari perplessità di ordine teorico o costituzionale<sup>11</sup>.

Se così stanno le cose, risulta chiara anche l'altra tesi avanzata da Beccaria – è il legislatore che deve essere il «degittimo interprete» della legge. Agli occhi di un contemporaneo poco avvezzo alla storia, un'affermazione del genere risulta bizzarra – il legislatore fa leggi, non le interpreta, a meno di non considerarla come un riferimento al fenomeno ben noto delle leggi interpretative. Ma, di

---

*ingenuità. Beccaria, lo spirito della legge e il sillogismo giudiziale*, in 'RIFD. Rivista internazionale di filosofia del diritto', 4/2014, 687 e ss.

<sup>9</sup> «Die Interpretation ist keine spezifisch juristische Operation – jede Wissenschaft, deren Quellen Urkunden sind, hat zu interpretieren – und darum gewinnt auch der Stoff selbst durch diese Operation keinen eigenthümlich juristischen Charakter» (R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1858, Teil 2, Bd. 2, 386).

<sup>10</sup> Cfr. *inter alia* P. AUDEGEAN, *Dei delitti e delle pene: significato e genesi di un pamphlet giuspolitico*, in *La libertà attraverso il diritto. Illuminismo giuridico e questione penale*, a cura di D. Ippolito, Napoli, 2014, 92.

<sup>11</sup> Si pensi, ad es., al nesso di causalità penale oppure alla nozione di dolo e di colpa: tutte nozioni per le quali Francesco Palazzo osserva che «questo vero e proprio creazionismo interpretativo nella forgiatura di molte norme di parte generale non è certo un fenomeno nuovo; e fino ad oggi esso era non solo accettato ma anche visto come qualcosa di naturale perché funzionale ad adattare le categorie alle sfaccettate esigenze, anche culturali oltre che sociali, della responsabilità penale» (F. PALAZZO, *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in 'Ars interpretandi', 2/2016, 80).

nuovo, non è questo ciò che Beccaria intendeva: in Beccaria agisce la consapevolezza per cui l'interpretazione quando assume le dimensioni della *interpretatio* consiste nel produrre un «messaggio di particolare qualità», un «messaggio» che non può essere emesso da chiunque, non ha natura razionalistica, ma che può essere prodotto solo da un soggetto a ciò legittimato, investito pertanto di *auctoritas*.

Non si dimentichi che la posizione di Beccaria non è quella di un Muratori – tutto proteso alla mera critica dell'esistente<sup>12</sup> –, ma ha ambizioni politico-costituzionali: «Dei delitti e delle pene» mira ad una riforma complessiva della potestà punitiva e, più in generale, ad una redistribuzione dei poteri in seno agli apparati pubblici spostando l'*auctoritas* dal giudice al legislatore – ove la legge, si badi, non è una delle tante fonti del diritto, ma «rappresenta tutta la società unita in un contratto sociale»<sup>13</sup>. Il mezzo per perseguire questo fine consiste nell'anticipare in sede legislativa tutte quelle operazioni in cui si sostanzia l'*interpretatio*, in modo da fornire al giudice un prodotto finito che, a questo punto, non ha certamente bisogno di *interpretatio*, ma – *ça va sans dir* e, in effetti, «Dei delitti e delle pene» ritiene di non dovervi far cenno<sup>14</sup> – di interpretazione per come oggi la si intende.

---

<sup>12</sup> Checché ne dica A.C. JEMOLO (*Introduzione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 1981, 7 e ss.): A. Cavanna, infatti, sostiene che «de teorie del Muratori non sono di tipo codificatorio, ma solo (e per di più inconsapevolmente) preparatorio della codificazione: ripetono quindi motivi già vecchi e si inseriscono in una più che secolare tradizione culturale» (*Storia del diritto moderno in Europa. 1. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1982, 311).

<sup>13</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 10. Sulla natura anche costituzionalistica del progetto di Beccaria insiste molto L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *'Materiali per una storia della cultura giuridica'*, 1/2015, 137 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *'Materiali per una storia della cultura giuridica'*, 1/2015, 163 e ss.

Ecco perché l'illuminismo di Beccaria, se rettamente inteso, è molto più volontaristico di quanto normalmente si pensi. Se guardato dalla prospettiva del giudice, esso sembra essere nitidamente razionalistico, quasi apollineo nel configurare l'applicazione del diritto come un'operazione che quasi chiunque sarebbe in grado di effettuare. In realtà, la *voluntas* conta, ma è solo quella legislativa: è diritto – soprattutto quello penale – ciò che è voluto dal legislatore ed è consacrato in un testo normativo, non ciò che è espresso da una giurisprudenza (presuntamente, per i *philosophes*) sapienziale che veda se stessa come fonte del diritto o ufficiale o officiosa accanto e persino oltre il legislatore<sup>15</sup>. Anzi, l'applicazione delle leggi risulta così espressiva di *ratio* – fino ad apparire ingenua – non in virtù di una particolare concezione del linguaggio in generale e di quello giuridico in particolare, ma proprio grazie al volontarismo legislativo – un volontarismo non genericamente inteso, ma 'pragmaticamente' istruito.

Ed infatti, a quest'esito si giunge, in Beccaria, non tanto sul piano semantico – come già rilevato, «Dei delitti e delle pene» tratta in maniera abbastanza superficiale il modo in cui dal «messaggio» da interpretare si arrivi alla sentenza –, ma soprattutto in riferimento a chi emette e a chi riceve quel «messaggio». Senza

---

<sup>15</sup> Ed infatti, una delle conseguenze del legicentrismo è il riorientamento del giuspenalista, che non solo non è più il *doctor iuris* munito di *auctoritas* e che magari si misura con i propri colleghi seduti nei cd. grandi tribunali, ma al massimo è uno studioso che dialoga ora solo con il legislatore e per di più nella posizione di un consulente: il risultato è un diritto penale che è legislativo non perché quella del legislatore sia una volontà imperscrutabile, ma perché esprime una volontà illuminata dalla dottrina ovvero dai *philosophes* (cfr. S. LARIZZA, *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, in "Rivista italiana di diritto e procedura penale", 4/2014, 2090-93; M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale?*, cit., 164-6). Sul rapporto fra dogmatica e legislazione oggi cfr. la sezione monografica dal titolo *Il ruolo della dottrina nella formazione e legittimazione del diritto penale*, in 'Criminalia 2013. Annuario di scienze penalistiche', 2014, 363 e ss.

dubbio non è il caso di far di Beccaria un antesignano di Ch.W. Morris; è pur vero, tuttavia, che non sono pochi gli accenni all'importanza di quello che oggi suole essere definito come il 'contesto' pragmatico<sup>16</sup>. Ad esempio: l'auspicio a che il diritto sia scritto e scritto non in latino, in modo da renderlo molto meno esoterico di quanto non fosse<sup>17</sup>; il suggerimento di istituire organi giudicanti collegiali e non monocratici, affinché la venalità della carica<sup>18</sup> – che Beccaria dà per scontata, a riprova dell'ottica ancora 'Ancien Régime' attraverso la quale egli 'vede' il diritto – possa influire il meno possibile sull'applicazione; ma soprattutto l'esigenza che il diritto sia contenuto in una sola fonte del diritto e questa fonte si chiama 'legge'<sup>19</sup>. Tra questi accenni non v'è dubbio che quest'ultimo sia stato quello che ha conosciuto il maggior successo nella storia successiva: com'è noto, tutto il XVIII secolo pretende di semplificare la 'selva' delle fonti del diritto e, a partire dal 1789, si può parlare di un vero e proprio 'disboscamento' e più in generale di una decisa semplificazione del 'contesto pragmatico' tramite la soppressione del pluralismo giuridico e sociale caratteristico dell'antico regime<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> Sul ruolo del contesto pragmatico ancor oggi sono valide, a titolo introduttivo, le osservazioni di A. ROSS, *Diritto e giustizia (1958)*, Torino, 1990, 103 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 15-16.

<sup>18</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 112.

<sup>19</sup> Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., 10-11.

<sup>20</sup> E, in effetti, è grazie a questo mutato contesto pragmatico che il brocardo '*in claris non fit interpretatio*' cambi del tutto il proprio significato, diventando un invito non solo ad attenersi al senso letterale di una legislazione che ormai è divenuta sinonimo di diritto, ma che «non va inteso come l'espressione del diniego del fatto, che delle attività di interpretazione (in senso lato) sono necessarie all'uso del discorso legislativo, quale che sia la chiarezza del suo dettato» (G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 34).

L'esito è noto e ha una formula ben precisa, che ancor di più vale per il diritto penale: legicentrismo ovvero legge è diritto e diritto è legge. Di questo modello si può dire – ed è stato detto – di tutto: tanto apprezzato nel XIX secolo – fino al punto da rappresentare, per il tramite dell'imperativismo, una fonte di ispirazione per la filosofia giuridica<sup>21</sup> – quanto bersagliato nel XX – ne vedremo tra poco qualche esempio – e divenuto oggi quasi una caricatura contro la quale far esercitare gli studenti di giurisprudenza. Quel che è certo, però, è che non può essere tacciato di ingenuità. Una critica del genere, infatti, dà per scontato ciò che, in realtà, andrebbe problematizzato: che l'interpretazione abbia ad oggetto documenti scritti, in modo da potersi ridurre ad un rapporto di significazione con gli stessi; che questi documenti provengano dalla medesima autorità – *i.e.*, dalla medesima fonte del diritto – senza doversi rivolgere a più fonti normative, espressioni di altrettante autorità; che la figura dell'interprete sia così neutralizzata che l'esito dell'interpretazione sia indifferente a chi la pratici.

In tal modo, però, si rischia di sottovalutare la rilevanza della dimensione pragmatica. Non ci si accorge che in tanto l'interpretazione può essere letta nei termini di una semantica di testi normativi, in quanto esistano, appunto, testi dotati d'autorità e, per giunta – relativamente al diritto penale – scritti in modo da garantire tassatività e determinazione della fattispecie; non ci si rende conto che, al mutar dell'interprete, può mutare anche l'interpretazione – e per questo Beccaria suggeriva giudici collegiali e non monocratici –; si trascura la circostanza per cui i contesti d'uso del linguaggio possono contribuire enormemente alla

---

<sup>21</sup> Si pensi, ad es., al positivismo giuridico ottocentesco di matrice tedesca e, in particolare, a A. Thon e K. Binding (sul loro imperativismo è ancora utile N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 79 e ss.).

tipizzazione delle fattispecie, riducendo se non proprio annullando la discrezionalità da parte dell'interprete.... Insomma, se oggi possiamo intendere l'interpretazione essenzialmente come un procedimento di attribuzione di significato a documenti normativi, lo si deve anche ad un contesto pragmatico che, nelle intenzioni di Beccaria, avrebbe potuto e dovuto drenare tutti gli elementi autoritativi di questa operazione a favore del legislatore fino al punto da ridurre l'applicazione della legge ai casi concreti un «sillogismo perfetto».

2. Ovviamente ne è passata di acqua sotto i ponti di questo modello; ed è un'acqua che ne ha eroso fortemente i pilastri<sup>22</sup>. Fuor di metafora: non è certo qui possibile ripercorrere la storia del diritto fra XIX e XX secolo; a tale scopo, tuttavia – e a dimostrazione di quanto l'interpretazione della legge penale sia un po' rappresentativa dell'interpretazione della legge *tout court* –, è possibile rifarsi ad una decisione della Corte costituzionale che da sola vale a sintetizzare che cosa è cambiato di questo modello rispetto alle sue origini e quali sono le sfide che sta fronteggiando: la notissima sentenza n. 364 del 1988, che infranse il tabù della inescusabilità dell'ignoranza della legge penale.

Questa sentenza è importante non solo per quel che dice, ma per quel che è: la plastica rappresentazione di come il 'legittimo interprete' della legge (penale) non sia più solo il legislatore. Si badi: non ci si riferisce genericamente al potere della Corte di annullare una legge – potere che, per inciso, la Corte ha sempre cercato di esercitare in modo coerente con quel modello, astenendosi

---

<sup>22</sup> Per un'analisi dello stato di salute del principio di legalità (non solo, ma anche) in ambito penale cfr. per tutti M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, 2013, 371 e ss.

dall'ampliare, anche inconsapevolmente, l'area della penalità e contribuendo alla tassativizzazione di fattispecie troppo indeterminate<sup>23</sup>. È proprio l'*occasione* di questa pronuncia, il suo oggetto – l'art. 5 c.p. – e il modo in cui esso è stato censurato a spiegare perché il diritto e, in particolare, il diritto penale non possa più essere ad esclusiva gestione legislativa: ben si può dire, infatti, che, per la Corte, legicentrismo e presunzione assoluta di conoscenza della legge penale *simul stabunt, simul cadunt* ovvero in tanto si può pretendere l'irrilevanza dell'errore sul diritto, in quanto il legislatore corrisponda al modello delineato per sommi capi nel paragrafo precedente e, se questi non è più in grado o non ha intenzione di farlo, non è possibile fingere che i cittadini conoscano il diritto penale. E ciò – per la Corte – essenzialmente per due ragioni.

In primo luogo, la conoscenza effettiva del diritto penale è implausibile dinanzi a «violazioni di particolari, spesso 'imprevedibili', valori relativi a campi, come quelli previdenziale, edilizio, fiscale ecc., che nulla hanno a che vedere con i delitti, c.d. naturali, di comune 'riconoscimento' sociale». Si badi, siamo nel 1988 ovvero siamo ancora distanti dalla crescita del diritto penale europeo, che ha ulteriormente ampliato il novero delle condotte penalmente rilevanti e per di più da parte di una istituzione posta al di fuori del circuito democratico nazionale<sup>24</sup>. Ciò che la Corte

---

<sup>23</sup> Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di diritto penale vd., da ultimo, la panoramica offerta da D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *'Criminalia 2011. Annuario di scienze penalistiche'*, 2012, 11 e ss.

<sup>24</sup> La letteratura sull'impatto del diritto europeo e della giurisprudenza sia di Lussemburgo che di Strasburgo sul diritto penale è cospicua: per un'introduzione alle problematiche di questo impatto e per una sua equilibrata valutazione è molto utile F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su*

attesta, ancor prima che le fonti comunitarie arrivassero a incrinare il carattere esclusivamente nazionale del diritto penale, è il radicale mutamento del 'contesto pragmatico' in seno al quale opera il legislatore – un contesto che non è più socialmente e politicamente (e bisogna aggiungere: tecnologicamente) omogeneo come nel XIX secolo, e che non permette più una legislazione penale di fatto conoscibile e conosciuta da tutti. Detto in termini hartiani: non è più possibile pensare che il diritto consista «in larga misura nella guida che sia sui funzionari sia sui cittadini privati viene esercitata da norme determinate che, a differenza delle applicazioni di criteri variabili, *non* richiedono da loro un nuovo giudizio di caso in caso»<sup>25</sup>. La crescente esigenza – più o meno comprensibile, più o meno giustificabile – di presidiare determinati beni giuridici con la sanzione penale, indipendentemente se essa sia disposta da un legislatore interno o da quello europeo, non consente più di configurare un'amministrazione giudiziale del diritto penale caratterizzata da una stragrande maggioranza di casi 'chiari' – casi in cui le norme penali costituiscono un'indiscussa «guida» – e una minoranza di casi 'difficili, nei quali è richiesta invece un (discrezionale) «giudizio di caso in caso»<sup>26</sup>.

Emerge qui, allora, un limite strutturale del legicentrismo: la sua scarsa flessibilità. Questo modello funziona bene non solo e non tanto a patto che il 'mondo' ovvero il 'contesto pragmatico'

---

*trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale', in 'Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno', 2007, 1279 e ss.*

<sup>25</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto (1961)*, Torino, 1991, 159.

<sup>26</sup> Nonostante, anche di recente, si continui ad auspicare autorevolmente tutto il contrario: «Alla giustizia penale si deve chiedere di accertare, con il livello di prova elevato che si esige per una condanna, nel pieno rispetto delle garanzie di difesa, fatti di reato specifici e responsabilità individuali e non di indagare e pretendere di risolvere problemi politici e sociali» (E. BRUTTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018, 276).

non sia eccessivamente 'liquido', ma soprattutto a condizione che il legislatore, per quanto costretto ad 'inseguire' questo 'mondo', sia talmente agile e diligente da rimanere il «legittimo interprete» della legge<sup>27</sup>.

Ma è qui che si colloca la seconda ragione d'affanno del modello in esame: la debole capacità del legislatore contemporaneo di rispettare quelli che la Corte costituzionale, nella sentenza del 1988, indica come veri e propri «doveri costituzionali» che lo riguardano in campo penale: «Necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di 'rilievo costituzionale' e tali da esser percepite anche in funzione di norme 'extrapenali', di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare».

Ovviamente non è il caso di scomodare la letteratura attuale per accertare se e fino a che punto il legislatore sia scrupoloso nell'adempimento di questi «doveri». Piuttosto, dinanzi al suo scarso rendimento è comprensibile che si guardi al giudice come mezzo per ottenere quelle «leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento» che la sentenza n. 364 del 1988 indica come fine ultimo della giuridicità penale<sup>28</sup>. È il

---

<sup>27</sup> Da questo punto di vista è sempre bene mantenere una prospettiva anche comparata, perché il rendimento del legislatore non è sempre il medesimo: come si fa, infatti, ad impedire la supplenza giudiziaria dinanzi ad una «situazione italiana — ormai quasi unica nel panorama europeo e non solo — [che] esibisce un codice vecchio di 75 anni e nato in condizioni non solo politiche ma anche sociali, culturali, economiche straordinariamente diverse dalle attuali?» (F. PALAZZO, *Legalità penale*, cit., 1288).

<sup>28</sup> In effetti, la sent. 346/88 dimostra la coerenza interna del modello di giuridicità penale descritto nel precedente paragrafo e le conseguenze derivanti dal suo mancato rispetto. La decisione, infatti, fu occasionata da un disordine

fenomeno, oggi ben noto agli specialisti, della cd. supplenza giudiziaria – che in ambito penale diventa diritto penale giurisprudenziale, un vero e proprio ossimoro<sup>29</sup> –: il giudice è obbligato a sostituirsi al legislatore perché non può fare altrimenti.

Ed è del tutto chiaro, allora, perché oggi il tema dell'interpretazione sia diventato centrale nel diritto contemporaneo e soprattutto in ambito penale: tramite la teoria dell'interpretazione giuridica si cerca di razionalizzare l'intervento giurisprudenziale, quasi una sorta di ortopedia giuridica che sani *ex post* ciò che è stato fatto male o non è stato proprio fatto *ex ante* (*iudicii*).

Tuttavia – ed è questo l'aspetto da rimarcare –, sono tentativi che non hanno via d'uscita e non la hanno in virtù del modello descritto nel paragrafo precedente. Più precisamente, non si deve accarezzare l'idea di colmare il vuoto di razionalità legislativa attraverso soluzioni che la recuperino nel processo che dai testi normativi da applicare porta alla sentenza; e non è bene assecondare questa idea non sulla base di personali preferenze scientifiche o di opinabili giudizi di valore circa la bontà del diritto

---

normativo dovuto sostanzialmente ad un legislatore incapace di essere «legittimo interprete» del diritto penale. Questa incapacità poteva essere sanata dai giudici solo a condizione di esercitare una limitata *auctoritas* – ad es., mediante il principio dello *stare decisis* –; ed invece, essa, scaricandosi su una giurisdizione del tutto razionalistica ovvero vincolata solo alla legge (come vuole l'art. 101, comma 2, Cost.), non fece altro che produrre caos interpretativo e giurisprudenziale, che la Corte costituzionale riuscì a risolvere solo atteggiandosi a «legittimo interprete» ovvero agendo sull'art. 5 c.p. e privando di rilevanza penale l'*ignorantia legis* inevitabile. Sulla differente concezione della giurisdizione fra mondo di *civil law* e di *common law* vd. almeno, G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1993.

<sup>29</sup> Cfr. A. GARGANI, *Verso una democrazia giudiziaria? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in 'Criminalia 2011. Annuario di scienze penalistiche', 2012, 99 e ss.

giurisprudenziale (rispetto ad uno legislativo), ma semplicemente perché, fino a quando il modello di diritto e in particolare il modello di diritto penale è quello descritto in precedenza, esso *istituzionalmente* non lo ammette. Non si può rimediare allo scarso 'illuminismo' del legislatore 'illuminando' il giudice *ma lasciando immutato il modello*, perché sono queste soluzioni ad essere ingenuie: sono puramente razionalistiche e non tengono conto della componente autoritativa insita nel modello stesso (e che esso pone nel legislatore e non nel giudice)<sup>30</sup>.

Si badi, la critica rivolta a queste proposte – si pensi, ad esempio, all'ermeneutica giuridica oppure alla teoria dell'argomentazione giuridica – non concerne la loro tenuta teorica e non è affatto dettata da un'acritica e pregiudiziale difesa di una «mitologia» della modernità giuridica<sup>31</sup>. Non si tratta di giudicare, ad esempio, se ed entro qual misura si dia una 'comunità degli interpreti' sufficientemente coesa da poter orientare in senso univoco la prassi giudiziale<sup>32</sup>; oppure di vagliare, ad esempio, se davvero il rinvio al discorso pratico generale (di natura morale) da parte del discorso giuridico sia in grado di ridurre la «possibilità discorsiva» e sia in grado guidare il giudice verso l'unica soluzione

---

<sup>30</sup> Lo si vede bene nel noto caso Taricco, ove una decisione della CGUE che sembrerebbe tecnica – concernente la prescrizione – in realtà ha assunto una rilevanza 'politica' tale da spingere la Corte costituzionale italiana a 'dialogare' direttamente con la Corte di Lussemburgo e addirittura a minacciare l'uso dei cd. controlimiti. Su questa vicenda sotto il profilo penalistico vd., da ultimo, M. LUCIANI, *La dura realtà e il 'caso Taricco'* nonché D. PULITANÒ, *La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica*, entrambi in "Diritto penale e processo", 2018, rispettivamente 1281 e ss. e 1289 e ss.

<sup>31</sup> Il riferimento va ovviamente a P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

<sup>32</sup> Cfr. almeno F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, 65-70, e G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, 137-8.

giuridicamente corretta<sup>33</sup>. La prospettiva qui adottata è un'altra e ha a che fare con il rapporto fra *ratio* e *auctoritas* o, detto in termini kelseniani, fra «sistema statico» e «sistema dinamico»<sup>34</sup>: quand'anche le proposte suindicate fossero in grado di garantire certezza e giustizia laddove il legislatore si mostri dolosamente o colposamente latitante, comunque non sarebbero ammissibili perché questa certezza e questa giustizia devono essere fornite dalla legge e non da una sentenza<sup>35</sup>. Non v'è dubbio che soluzioni del genere siano animate da buona fede e, pertanto, non intendano riportare le lancette dell'orologio della storia del diritto a età in cui il legislatore era uno dei tanti e forse nemmeno la più importante fonte del diritto; ma è altrettanto indubbio che non possono essere assunte come soluzioni definitive alla crisi del legicentrismo. Se si coltivasse questa ipotesi, ci si dimenticherebbe che il diritto, sotto il profilo storico-concettuale, è un mix di *ratio* e di *auctoritas*, ove la seconda non può presumere di fare a meno della prima – pena l'afasia –, ma la prima non può ignorare la seconda – pena la velleitarietà. E il rischio cui si espongono soluzioni del genere è proprio questo: sovradeterminare il tema dell'interpretazione al di là di quanto il modello lo permetta, scivolando verso illusioni

---

<sup>33</sup> Il riferimento è ovviamente a R. ALEXY: cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica* (1978), Milano, 1998, e ID. *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, 2012.

<sup>34</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 1990, 217 e ss.

<sup>35</sup> «Naturalmente, come criterio per un diritto giusto la morale trova la sua sede primaria nella formazione politica della volontà legislativa e nella comunicazione politica della sfera pubblica»: J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1994), Roma-Bari, 2013, 232.

razionalistiche dimentiche dell'aspetto istituzionale di questo modello, che riconosce *auctoritas* al legislatore e non al giudice<sup>36</sup>.

Ecco perché, dinanzi ad un quadro del genere è perfettamente comprensibile chi ritenga che il problema non stia nella sfera del *Sollen*, ma in quella del *Sein*. Visto che modificare il 'nostro' modello di diritto (penale) per venir incontro a questa realtà equivarrebbe a tradirlo, non è il primo a doversi adeguare alla seconda, ma esattamente tutto il contrario: ciò significa, in particolare, il dovere del legislatore reale di rispettare il modello, sforzandosi di ritornare alle origini – a Beccaria, quindi – e censurando qualsiasi concessione al «creazionismo giudiziario»<sup>37</sup>.

Non saprei dire se questo ritorno sia, ancor prima che auspicabile, fattualmente possibile; però forse è vero che bisognerebbe tornare a Beccaria. Ma occorrerebbe ritornarvi non

---

<sup>36</sup> Si badi: non è corretto sostenere che questo problema interessa il solo diritto penale a causa della riserva (assoluta) di legge che lo riguarda. Anzi, è il contrario: è che il diritto penale, per ragioni sia strutturali che funzionali, evidenzia con maggior intensità – e anche preoccupazione – ciò che sta accadendo anche in altri settori del diritto. A cosa è dovuto, infatti, la grande attenzione che ultimamente si sta concentrando sul precedente giudiziario se non l'effetto della crisi del legicentrismo e il tentativo di sopperire al deficit di *auctoritas* del legislatore? E anche in tal caso sovente l'approccio è ugualmente razionalistico: quasi che il precedente non sia qualcosa che attenga all'*auctoritas*, ma sia solo uno strumento di razionalizzazione a costituzione invariata. Cfr. le lucide osservazioni sul punto di N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *'Criminalia 2012. Annuario di scienze penalistiche'*, 2013, 315 e ss. (ma tutta la sezione monografica, intitolata *La legge del giudice penale. A proposito di fonti e interpretazione*, è da vedere).

<sup>37</sup> Emblematico a tal riguardo è Ferrajoli: cfr. L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, cit., 147-148 e ID., *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in *'Ars interpretandi'*, 2/2016, 23 e ss., ove peraltro Ferrajoli reitera proposte già avanzate tempo addietro nel suo *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989.

nella risposta che egli dà – che ormai sembra destinata ad un lungo tramonto –, ma nella domanda che egli pone: più precisamente, occorrerebbe ri-chiedersi ora come 250 anni fa, *e con la stessa consapevolezza del nesso fra ratio e auctoritas* che si celava al di là della sua formulazione, «chi sarà dunque il legittimo interprete della legge?».

### ABSTRACT

Tra i giuristi è un luogo comune oggi quello secondo cui chi interpreta la legge non possa che essere il giudice; eppure, non dovrebbe essere così, dal momento che “nemmeno l'autorità d'interpretare le leggi penali può risiedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislatori”, come Cesare Beccaria notoriamente sostenne.

Scopo di questo scritto, allora, è, da un lato, chiarire il senso proprio di questa tesi di Beccaria e, di conseguenze, ricostruire il 'ruolo' dei giudici nel mondo di *civil law*. Dall'altro lato, esso cerca di spiegare come si sia arrivati a quel 'luogo comune' e di sottolineare che qualsiasi modifica a quel 'ruolo' non è solo questione di come si interpreta - di *ratio* - ma anche di chi interpreta - ovvero di *auctoritas*.

Today it is a common place among lawyers that who interprets cannot but be the judge. Yet, it should not be so, since “judges, in criminal cases, have no right to interpret criminal law because they are not legislators”, as Cesare Beccaria notoriously stated.

So, the article aims, on one hand, to make clear the sense of Beccaria's thesis and, as a consequence, to shed light on the 'role' of judges in civil law systems. On the other hand, it tries to explain how it came to that common place and to stress that any change to that 'role' is matter not only of how to interpret - i.e. of *ratio* - but also of who interprets - i.e. of *auctoritas*.

GIOVANNI BISOGNI  
Professore associato Ius/20  
Università degli Studi di Salerno  
E-mail: gbisogni@unisa.it

