

DIRITTO GIUSTO ATTRAVERSO UN LINGUAGGIO CORRETTO?

SUL DIVIETO DI ANALOGIA NEL DIRITTO PENALE

WINFRIED HASSEMER

INTRODUZIONE ALL'EDIZIONE ITALIANA

Questo breve studio si inseriva originariamente in un volume collettaneo, pubblicato nel 1992 col titolo «Cultura giuridica come cultura del linguaggio», nel quale linguisti e teorici del diritto si rivolgevano ad un vasto pubblico, e non solo a degli specialisti. Per questo motivo faccio ricorso in questo contributo ad un linguaggio «ordinario», mentre le intricate questioni della legislazione penale e dell'interpretazione della legge vengono affrontate in via occasionale ed in maniera piuttosto indeterminata, senza l'ausilio di note al testo.

L'obbiettivo che mi ero proposto non era di carattere teorico-giuridico, non intendevo cioè fornire un contributo al discorso scientifico sull'ermeneutica giuridica in ambito penale. Il mio era piuttosto un fine di politica del diritto: chiarire ai cittadini interessati al diritto e al suo concretizzarsi perché non vi può essere diritto al di là del linguaggio, quali problemi comporta la linguisticità dei testi nell'ambito della legislazione e della giurisdizione (con riferimento innanzitutto al diritto penale) e come questi ambiti tentano di risolvere tali problemi. Ciò mi ha condotto a sostenere, in conclusione, che la giustizia penale, sotto determinate condizioni, opera in maniera razionale e controllabile.

Ho tentato di raggiungere tale obbiettivo di politica del diritto mediante gli strumenti forniti dall'ermeneutica giuridica. Per

questo motivo il mio studio costituisce un contributo alla problematica del testo e si inserisce quindi opportunamente in questo numero della rivista, come vorrei ora brevemente evidenziare.

I testi costituiscono da secoli il *medium* fondamentale e ineliminabile per il diritto e per la legge. Nel diritto penale, in virtù del ben radicato principio «nulla poena sine lege» (2.1.), tale considerazione assume un rilievo tanto più forte (2.2.). Ciò che ha validità è fissato in forma scritta, è testo — sia nell'ambito delle sentenze scritte e vincolanti entro i sistemi di diritto giurisprudenziale, le quali si legano tra loro rimandandosi l'un l'altra, sia nell'ambito delle codificazioni, le quali, nei limiti del possibile, danno formulazione esaustiva alla situazione di diritto, preservandola in funzione delle decisioni giudiziali (1.1.). La codificazione dei testi giuridici costituisce un efficace strumento di controllo per una effettiva separazione dei poteri (1.2.), e consente al legislatore moderno di rispondere in maniera flessibile ai cambiamenti sociali senza mettere in gioco la pretesa di validità della legge (1.3.).

Se ciò corrisponde al vero, il testo non rappresenta semplicemente un *medium* per il diritto, ma molto di più. Esso è il luogo entro il processo di concretizzazione del diritto nel quale si determina se e fino a che punto una decisione giudiziale è trasparente e controllabile; il testo è in tal senso la pietra di paragone per una politica del diritto che si situi nell'ambito dello stato di diritto. Trasparenza e controllabilità sono in particolare i presupposti fondamentali di una prassi giuridica nella quale si esplicano i principi dello stato di diritto, presupposti che uno sguardo rivolto a questa stessa prassi rivela gravemente minacciati (4.1.). È necessario quindi che la modalità di produzione dei testi (legislazione) e l'accostarsi pratico a tali testi (giurisdizione in un ordinamento giuridico codificato) siano fissati in maniera tale che la pratica giuridica sia fedele ai propri presupposti (3.).

Tale compito è affidato tradizionalmente alla teoria del diritto, alla dottrina del metodo (3.1.) e alla dogmatica (3.2.), cioè a quegli ambiti della scienza e della prassi giuridica che hanno a che fare con l'elaborazione dei testi — sia in senso generale (testi giuridici di qualsiasi provenienza), sia in rapporto ad ambiti specifici (testi giuridici di settori determinati dell'ordinamento). I problemi giuridico-politici e le loro soluzioni nell'ambito di una giustizia conforme ai principi dello stato di diritto (5.) si rivelano alla fine in buona parte problemi relativi al corretto accostarsi ai testi (4.2.). Il testo è il *medium* del diritto e la pietra di paragone di una politica

del diritto conforme ai principi dello stato di diritto; il diritto è linguaggio.

Ma il diritto — ciò si aggiunga come osservazione — non è solo linguaggio scritto, ovvero testo; esso è anche linguaggio parlato, ovvero scena. Il limitarsi dell'interesse scientifico ai testi caratterizza (e penalizza) la teoria giuridica da lungo tempo; tale limitazione non rispecchia tuttavia né l'ambito pratico cui si rivolge l'interesse scientifico, né le tradizioni di quella dottrina che ha svolto e svolge un ruolo guida nella comprensione dei testi giuridici: l'ermeneutica giuridica. Originariamente l'ermeneutica aveva rivolto la propria attenzione anche al discorso vivente, alla retorica e alla linguisticità dello sguardo, ovvero ad ambiti situativi e mutevoli. Essa sarebbe pertanto in grado di comprendere e spiegare anche lo svolgersi concreto del processo, del procedimento giudiziario. Nel diritto non vi è solamente una comprensione testuale, ma anche una comprensione scenica.

1. PERCHÉ IL LINGUAGGIO È COSÌ IMPORTANTE PER IL DIRITTO

Il rapporto tra diritto e linguaggio costituisce un eterno tema di discussione; a mutare sono solamente le congiunture che segnano i termini di tale rapporto.

La ragione è evidente. Le leggi, il loro concretizzarsi nel diritto giudiziale e nella dogmatica giuridica, la loro interpretazione ed applicazione in giudizio e nella critica delle sentenze: tutto ciò si esplica nel linguaggio. Dove ha termine il linguaggio inizia la violenza, e l'avvento della violenza può essere impedito fintanto che il linguaggio è all'opera. Se si parla di «esecuzione» della decisione giuridica — termine quest'ultimo dalla connotazione vagamente intimidatoria — non si deve necessariamente pensare ai colpi sparati da un poliziotto oppure all'arresto compiuto dall'ufficiale giudiziario: è lecito infatti sperare che nella vita quotidiana le decisioni giudiziali si affermino mediante la comunicazione, la comprensione e l'osservanza delle stesse. Tale è il rapporto tra diritto e linguaggio osservato dal punto di vista esterno, considerando cioè l'interazione del diritto col mondo che esso deve giudicare e regolare.

Dal punto di vista interno, la relazione è in fondo la stessa: qui l'attenzione si sposta sul modo in cui il diritto si rapporta con se stesso e in particolare sulle direttive previste dalla nostra Costituzione, intesa come misura di tutto il diritto vigente.

Due tra queste direttive sono di importanza determinante per la definizione del rapporto tra diritto e linguaggio: la codificazione delle regole fondamentali e la separazione dei poteri. Entrambe perseguono il medesimo obbiettivo, pur secondo itinerari diversi.

1.1. *Codificazione*

Il nostro sistema giuridico è organizzato mediante l'ausilio delle codificazioni, quindi per mezzo di una pluralità ordinata di norme scritte; ci riferiamo proprio a questa pluralità, oggi, quando parliamo di «leggi». La forma organizzativa propria della codificazione non costituisce tuttavia una scelta obbligata né sotto il profilo storico né sotto quello normativo. Come si può desumere, in particolare, dall'osservazione degli ordinamenti giuridici angloamericani, è possibile organizzare una giurisprudenza moderna propria di uno stato di diritto anche attraverso un sistema di diritto giurisprudenziale, nel quale le regole giuridiche fondamentali non devono essere precedentemente fissate in forma scritta ma possono formarsi gradualmente a partire dalla decisione di un caso giuridico e di casi successivi ad esso analoghi (anche se attualmente si intuisce che un diritto di produzione giurisprudenziale non può soddisfare l'esigenza di certezza e di prevedibilità della decisione, propria del mondo moderno, così come un diritto codificato).

Una volta optato per la codificazione quale forma organizzativa delle regole giuridiche fondamentali, ci si accorge che tale scelta ha delle implicazioni rilevanti e necessarie sul significato del linguaggio giuridico. Questo perché la legge acquista una funzione regolativa non paragonabile al ruolo svolto dai *precedents* (cioè dalle precedenti decisioni di analoghi casi concreti) nel diritto di produzione giurisprudenziale: la legge non solo è formulata prima della sentenza ma viene promulgata in conformità a procedure determinate dotate di specifiche competenze, viene pubblicata secondo norme particolari in uno spazio accessibile al pubblico, le rappresentanze popolari l'hanno (*de iure*) accuratamente elaborata e deliberata; è pertanto del tutto conseguente che un ordinamento giuridico così organizzato sottoponga ogni decisione fondamentale alla «riserva di legge» e, più precisamente, attribuisca alla legge scritta e regolarmente promulgata la funzione regolativa principale nel giudizio di giuridicità.

Parallelamente alla legge anche il linguaggio si evolve. Gli amministratori della giustizia, i funzionari dell'esecutivo, le associazioni, le istituzioni, i privati, tutti coloro che si chiedono quale sia il diritto in vigore vengono rinviati alla legge e con ciò ad un oggetto che non è solo linguaggio — lo sono anche i *precedents* — bensì contemporaneamente anche il risultato di sforzi strenui alla ricerca della correttezza linguistica, l'oggetto di un comune lavoro di precisazione e determinazione del significato linguistico. La legge è il luogo di cristallizzazione della teoria del diritto e della teoria del metodo da un lato, della dogmatica dall'altro; è integrata da regole relative al trattamento generale delle leggi ed arricchita da parafrasi che ne chiariscono il relativo contenuto; viene inserita nel diritto giudiziale così come nei commenti e nelle integrazioni elaborate dall'operare scientifico della dogmatica; essa rappresenta, tutto sommato, il centro di un'imponente attività tesa a determinare il significato di segni linguistici.

1.2. *La separazione dei poteri*

Il realizzarsi della separazione dei poteri — uno dei principi fondamentali dello stato di diritto democratico — dipende in buona parte dall'efficacia del linguaggio delle leggi all'interno del rapporto che la legislazione intrattiene con la giurisdizione ma anche con l'esecutivo. In uno stato che mira a porre in atto la separazione dei poteri, il legislativo detiene *de iure* una funzione di guida e di limitazione nei confronti degli altri due poteri, che esercita mediante lo strumento di legge. Nell'ambito dell'amministrazione della giustizia ciò viene definito «vincolo di legge» e viene associato al fatto che il giudice deve solamente portare a realizzazione quanto prescritto dal dettato legislativo, senza potervi aggiungere nulla sotto il profilo contenutistico; il giudice è pertanto integralmente sottomesso alla legge. Il vincolo del giudice alla legge è garantito dalla costituzione ed è pertanto un principio fondamentale.

Nel caso in cui il legislatore non dovesse riuscire, per qualsiasi motivo, ad esprimersi in modo così preciso da rendere chiaro l'ambito semantico dei concetti da lui stesso utilizzati, egli affida al potere giudiziario e al potere esecutivo il ruolo a lui esclusivamente riservato dal principio di separazione dei poteri. In tal caso il meccanismo di separazione dei poteri non funziona più, perché la linea di demarcazione tra le relative competenze legiti-

time risulta sfumata; l'una invade il campo dell'altra o addirittura peggio: non si sa esattamente dove si collochino i loro confini. Tali confini sono in buona parte creazioni linguistiche; in funzione del linguaggio, pertanto, il principio di separazione dei poteri può trovare realizzazione oppure rimanere lettera morta.

1.3. *Il diritto moderno*

Il sistema giuridico della società moderna, caratterizzato dalla capacità di elaborare problemi complessi e di adattarsi in maniera flessibile ai veloci mutamenti del mondo esterno, trova naturalmente delle difficoltà nel realizzare i principi sopra ricordati.

Il legislatore è meno flessibile della giustizia o addirittura dell'amministrazione. Un adattamento del sistema giuridico, in risposta ai mutamenti sociali, per mezzo di una modificazione delle norme giuridiche — come richiedono i principi della codificazione e della separazione dei poteri — si rivela sempre più anacronistico. Pertanto — poiché sono sempre più improbabili decisioni chiare da parte del legislatore in un mondo caratterizzato dall'incertezza normativa — il legislatore stesso si affida sempre più al completamento delle sue disposizioni per mezzo di coloro che applicano la legge: le leggi divengono oscure, l'ambito di discrezionalità decisionale più grande.

Le conseguenze di questi sviluppi per il sistema giuridico e per lo stato sono, come si può facilmente capire, ragguardevoli; esse non dovranno tuttavia essere discusse in questa sede poiché non modificano l'importanza fondamentale che il linguaggio riveste per il diritto. Tale importanza assume solamente un volto diverso. Nel rapporto tra diritto e linguaggio viene messa oggi in rilievo non tanto l'arte dell'interpretazione (delle leggi) quanto piuttosto l'arte dell'argomentazione (nel vasto ambito di discrezionalità decisionale concesso dalle disposizioni legislative). L'oggetto degli sforzi di comprensione in campo giuridico non è costituito tanto dall'applicazione della legge, bensì dalle disposizioni del diritto giudiziale, della giurisprudenza dei tribunali superiori. In ogni caso tutto ciò si esplica nel linguaggio.

2. PERCHÉ IL LINGUAGGIO CREA PROBLEMI PARTICOLARI NEL DIRITTO PENALE

La tendenza del legislatore moderno esprimersi in modo piuttosto oscuro ed a scaricare il peso delle decisioni sulle spalle altrui assume caratteri distinti, producendo quindi conseguenze distinte, in relazione ai diversi ambiti giuridici. Vi sono settori dell'ordinamento che per loro natura sono, per così dire, in movimento (come ad esempio il diritto commerciale e il diritto tributario), altri invece si basano su una regolamentazione in un certo senso stabile (come ad esempio il diritto di famiglia o il diritto penale). Gli ambiti «mobili» sopportano un diritto giudiziale flessibile meglio di quelli «stabili». L'attuazione di cambiamenti normativi frequenti e spettacolari ha in questi ultimi l'effetto di trasmettere un senso di instabilità e di irritazione, nei primi invece sta ad indicare efficienza e modernità.

2.1. *La pericolosità del diritto penale*

Nel diritto penale, certamente l'ambito giuridico più stabile, i cambiamenti normativi vanno ponderati sin nel minimo dettaglio, richiedono molto tempo e la loro introduzione deve essere inscenata in modo solenne (quanto meno questa è l'impressione che si deve trasmettere): le norme di diritto penale costituiscono l'insieme di regole sociali in noi più profondamente radicato (per questo motivo i penalisti definiscono talvolta il loro ambito come «minimo etico»).

Ciò è evidente perfino quando una norma penale, come ad esempio quella che vieta l'interruzione della gravidanza, viene violentemente dibattuta: la modificazione di tale norma (anche in forma di abolizione della stessa) presuppone una messa in scena che garantisca quella gravità solenne che associamo alle norme penali.

Da ciò consegue che il diritto penale prevede le sanzioni più dure contro le violazioni delle norme: le conseguenze giuridiche di un procedimento penale possono consistere nella privazione della libertà personale sotto forma di pena detentiva, nella confisca di denaro o di altri beni patrimoniali sotto forma di pena pecuniaria, nella terapia coatta, nella sospensione del permesso di guida, nell'interdizione dai pubblici uffici, nella sospensione del diritto di voto attivo e passivo. Durante il procedimento può essere inoltre

disposta la custodia preventiva, la perquisizione, il sequestro dei beni, il controllo e l'intercettazione telefonica, il ricovero ospedaliero coatto. Questi strumenti sono così pericolosi che una società civile deve a più riprese garantirne la certezza ed i limiti, in modo tale che essi non cadano in mani sbagliate e che in ogni caso vengano impiegati in modo prudente, uniforme e proporzionale.

Soprattutto la filosofia politica illuminista ha fatto in modo che le teorie del diritto penale e della pena, così come la prassi della legislazione, della giurisdizione e dell'esecuzione penale, osservassero ed elaborassero queste condizioni. Il diritto penale sostanziale e procedurale proprio di in uno stato di diritto non costituisce più oggi soltanto uno strumento punitivo o magari di cruda «battaglia» contro il crimine; esso è anche un mezzo per garantire nel miglior modo possibile la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti in conflitti penalmente rilevanti — e cioè nelle violazioni più gravi perpetrate da uomini: ci si riferisce qui ai diritti fondamentali non solo delle vittime ma anche dei testimoni e soprattutto degli indiziati di reato. Il diritto penale è anche il diritto che protegge gli imputati e addirittura il colpevole — protezione dal «processo sommario», dalla reazione eccessiva e dal verdetto affrettato degli astanti. Le nostre leggi penali dispongono pertanto di un arsenale di strumenti che garantiscono il diritto di protezione: il diritto di non rispondere, di non deporre, di assistenza legale (eventualmente a carico dello stato), di opporre resistenza alla pena; altrettanto vale per il dovere di motivare e di permettere l'esame della sentenza, di accelerare un procedimento (ma non a scapito dell'interesse legittimo dell'imputato), di non opprimere oltre misura il condannato, di considerare innocente colui che non sia stato condannato in forza di legge (anche se fortemente sospetto) e di proteggerlo da oltraggi.

2.2. *Il principio di legalità*

La qualità dei beni giuridici che deve proteggere e la pericolosità degli strumenti che può impiegare a tal fine conducono il diritto penale non solo ad instaurare una relazione particolare con i diritti fondamentali di chi è coinvolto nel procedimento ma anche ad intrattenere un rapporto peculiare con il linguaggio. Come abbiamo già osservato (si veda sopra al punto 1.), è proprio il linguaggio a fornire al sistema giuridico un aiuto nella garanzia

di alcuni suoi importanti principi. La gravità che deve rivelarsi come caratteristica dominante nel diritto penale rafforza quindi ulteriormente l'importanza qui assunta dal linguaggio.

I potenti strumenti del diritto penale vengono penalmente qualificati e limitati non solo attraverso principi e posizioni giuridiche (come, ad esempio, il principio della proporzionalità oppure il diritto alla difesa) bensì anche attraverso modalità linguistiche. Diversamente dagli altri settori dell'ordinamento, il diritto penale deve essere formulato in modo ben preciso. In un passo di rilievo, e cioè nella Costituzione (Art. 103 II GG) e nella prima disposizione del codice penale (§ 1 StGB), viene decretato testualmente: «un'azione può essere punita solamente se la sua punibilità sia stata stabilita per legge prima che tale azione venisse compiuta».

Tale principio sembra più innocuo di quanto invece lo intendano i penalisti. Questi ultimi infatti traggono da esso — con un'unanimità che è raro riscontrare ed in accordo con la lunga tradizione del principio «nullum crimen, nulla poena sine lege» — quattro rigide disposizioni per il legislatore e per il giudice penale: 1. il legislatore penale deve formulare le norme nel modo più preciso possibile (precepto della certezza: *lex certa*); 2. il legislatore ed il giudice penale non possono introdurre o richiamare leggi con effetto retroattivo a svantaggio dell'imputato (divieto di retroattività: *lex praevia*); 3. il giudice penale può emettere una sentenza di condanna e prevedere un aggravamento della pena solo in base ad una legge scritta (divieto del diritto consuetudinario: *lex scripta*) e non deve applicare le leggi penali per analogia a svantaggio dell'imputato (divieto di analogia: *lex stricta*).

Quanto elencato sopra viene definito dai penalisti come il «principio di legalità». Dall'osservanza dello stesso essi si aspettano di ottenere un'aderenza più stretta delle pronunce giudiziali alla legge, una maggiore trasparenza nell'individuazione del diritto e nella relativa giustificazione, quindi una maggiore prevedibilità e controllabilità di quanto avviene nella legislazione e nella giurisdizione penale.

La legalità non è una caratteristica del sistema di giustizia penale, ne è piuttosto il compito e l'obbiettivo. Essa costituisce un principio politico dibattuto e perennemente vulnerabile, mentre gli esempi di violazione sono numerosi e di vario tipo. Le violazioni del principio di legalità verranno esaminate in questa sede solamente sotto un profilo specifico: quello della *lex stricta*, del divieto di analogia.

Il divieto di analogia è, almeno a prima vista, una disposizione diretta al giudice penale: quest'ultimo non deve pronunciare alcuna sentenza di condanna né stabilire alcun aggravamento delle conseguenze giuridiche sulla base di un'applicazione analogica della legge. Tale divieto, tuttavia, si pone in relazione anche con la legislazione: quanto più la legge è formulata in modo preciso ed avveduto tanto meglio si possono rilevare e correggere (anche se forse non impedire del tutto) eventuali violazioni del divieto di analogia. In un quadro ideale che desse rappresentazione al perfetto realizzarsi della giustizia penale in uno stato di diritto, i legislatori ed i giudici, ovvero *lex certa* e *lex stricta*, dovrebbero tendersi la mano.

In un quadro del genere la gente saprebbe esattamente, oppure potrebbe facilmente apprendere, che ad certo comportamento segue una certa reazione e quindi un determinato procedimento penale; i giudici, a loro volta, saprebbero esattamente cosa è necessario fare. Tutti insieme sarebbero in grado di comprendere quanto accade nella prassi, di sottoporlo a controllo ed eventualmente di correggerlo. I pericolosi strumenti del diritto penale verrebbero impiegati solo al momento giusto, nella giusta direzione e nella giusta misura, in quanto vincolati ai principi che devono garantire la protezione dei diritti fondamentali dell'imputato.

3. COME DI PUÒ PROVARE A GARANTIRE UN LINGUAGGIO CORRETTO

Alla luce di queste premesse non sorprende che i penalisti, tanto nella teoria che nella prassi, si adoperino per creare e garantire le condizioni di fedeltà ai principi, di trasparenza e di controllabilità dell'agire penale. Essi perseguono tale obbiettivo seguendo due itinerari: il primo si snoda attraverso gli ambiti della teoria del diritto e della dottrina del metodo e coinvolge la strutturazione metodica del rapporto tra legge ed applicazione della legge in generale; il secondo passa attraverso la dogmatica penalistica ed è orientato al caso specifico rappresentato dal diritto penale.

3.1. *Teoria del diritto e dottrina del metodo*

Al di là delle separazione tra i singoli ambiti giuridici e a dispetto di ogni specifico obiettivo e condizione di partenza, i giuristi hanno messo a punto strumenti metodologici di validità generale per rispondere all'importanza assunta dal linguaggio nel diritto (si veda sopra al punto 1.). Tra questi strumenti rilevano ai fini della nostra indagine quelle dottrine che intendono assicurare la regolare applicazione di leggi date: le dottrine dell'interpretazione. Esse sono al contempo semplici e cogenti:

a) «Porta a compimento il testo di legge con la tua interpretazione». Questa esortazione «grammaticale» consegue del fatto che le leggi sono prodotti linguistici e che il giudice è ad esse vincolato.

b) «Considera il contesto sistematico in cui si collocano il termine, la proposizione oppure la norma»: questo precetto «sistematico» trae le fila del fatto che il legislatore, in modo più o meno stringente, dispone le norme in un certo ordine e che riguardo a tale ordine talvolta fornisce anche informazioni di carattere semantico.

c) «Rispetta la volontà del legislatore storico»: tale ubbidienza «storico-soggettiva» è il minimo che il legislatore deve pretendere dal giudice cui spetta applicare la legge da lui promulgata.

d) «Prolunga nella realtà il senso posseduto dalla legge»: questa dottrina «teleologico-oggettiva» è la più semplice delle esortazioni di tipo metodologico fatte al giudice: essa esige da lui una «ubbidienza ponderante».

e) «Non superare mai, nel corso della tua interpretazione della legge, i confini fissati dalla Costituzione»: è questa una palese ovvietà nell'ambito di un ordinamento giuridico che adotti la Costituzione quale misura delle leggi ordinarie, e quindi tanto più della loro interpretazione.

Questi canoni interpretativi, eccetto naturalmente quello riguardante l'interpretazione conforme alla Costituzione, sono nella loro formulazione valida vecchi di circa duecento anni; da allora promettono, in virtù dell'osservanza dei contenuti da loro espressi, il fedele prolungarsi delle leggi nella realtà. Antico quanto queste regole è però anche lo scetticismo riguardo alla loro efficacia.

Come si può facilmente osservare in virtù di un'analisi più accurata, infatti, la prassi interpretativa non si attiene alle regole della dottrina scientifica del metodo: tale prassi si esplica non semplicemente violando tali regole (ciò sarebbe ancora l'esito mi-

gliore cui la dottrina del metodo potrebbe approdare) bensì creandone essa stessa di nuove. Trova sviluppo in altri termini una «teoria della prassi» che produce, osserva ed eventualmente sanziona un apparato di regole — ovviamente informale — finalizzato alla comprensione e all'interpretazione delle leggi; tale apparato sarebbe diverso, riguardo ai contenuti, da quello della dottrina del metodo.

Tale atteggiarsi della prassi viene considerato del tutto ragionevole: i canoni interpretativi formulati dalla dottrina del metodo non contengono infatti quanto promettono; essi svolgono in tal senso una funzione di mera dissimulazione. Dal momento che la scelta di un certo metodo (per esempio, dell'interpretazione storica invece di quella grammaticale) implica in modo tipico un certo risultato interpretativo (che sarebbe ovviamente diverso nel caso in cui il metodo scelto fosse stato un altro), ne segue che i canoni di interpretazione possono essere carichi di conseguenze per il risultato interpretativo solo qualora esista qualche cosa di simile ad un meta-canone: deve esistere cioè un apparato regolativo che non solo contenga e descriva i singoli canoni ma che oltre a questo disponga precisamente quale metodo debba essere scelto in una data situazione; solo allora l'atteggiamento interpretativo del giudice verrebbe stabilito metodologicamente dalla legge.

Tale meta-canone non esiste, pertanto la scelta dell'itinerario interpretativo — come pure il risultato che ne deriva — conserva un carattere discrezionale sotto il profilo metodologico. Le regole interpretative possono forse servire per giustificare le decisioni ma non per l'individuazione del diritto, possono essere *façons de parler*, ovvero strumenti descrittivi, incapaci tuttavia di determinare il risultato interpretativo.

Se si segue questa critica — e non vedo in che modo sia possibile confutarla *au fond* — non ci si può aspettare molto dalla teoria del diritto e dalla dottrina del metodo per determinare il linguaggio corretto e quindi per instaurare un rapporto tra legge ed applicazione della legge conforme ai principi dello stato di diritto. Sotto il profilo metodologico un giudice non si lascia mettere alla catena e le esperienze che noi, in quanto soggetti alla validità dello stesso dettato legislativo, possiamo o dobbiamo avere delle pronunce giudiziali nelle diverse costellazioni sociali o politiche confermano questo giudizio. A prova di ciò non c'è neanche bisogno di tirare in ballo i casi estremi che hanno contraddistinto una «interpretazione illimitata» (Bernd Rüthers) durante il

periodo nazista. Per una comprensione del nostro mondo è molto più produttivo analizzare, per esempio, i «perfezionamenti» della legge orientati dalla valutazione delle conseguenze realizzati dai giudici. Tali «perfezionamenti» sono l'esito di una volonterosa strategia di adattamento del farraginoso sistema giudiziario ai veloci mutamenti sociali; a tal fine i giudici usano la legge più come uno stimolo che come un limite nell'individuazione del diritto.

3.2. *La dogmatica del diritto penale*

A fronte di quanto detto sopra, si può capire perché il diritto penale, in quanto ambito giuridico particolarmente dipendente dal linguaggio e dalla comprensione del linguaggio, abbia sviluppato regole particolari per realizzare un diritto giusto mediante un linguaggio corretto. Prima di analizzare nei particolari il divieto di analogia come disposizione cardine, diretta al giudice penale, del principio di legalità (b.), è forse utile aprire una parentesi (a.).

a) Giustizia e falsificazione

Il programma «diritto giusto per mezzo di un linguaggio corretto» non deve oggi essere caricato di troppe aspettative, come se una corretta comprensione ed un corretto uso del linguaggio potessero garantire la giustizia del risultato. Un'idea simile assumerebbe la forza tipica del diritto naturale, argomento non più utilizzabile da lungo tempo. Naturalmente bisogna sempre mettere in conto (l'abbiamo già sperimentato e lo sperimentiamo tuttora) che l'ingiustizia si presenta sotto vesti linguistiche inappuntabili, che il crimine e la violazione del diritto sotto forma di legge non sono riconoscibili in base a errori linguistici quanto piuttosto grazie ad indicatori di contenuto e che, infine, esistono leggi ingiuste. Un linguaggio corretto pertanto non può produrre un diritto giusto.

Il diritto giusto, tuttavia, può escludere un linguaggio scorretto. Se si tiene presente quale grande importanza rivesta il linguaggio corretto per il diritto in generale (si veda sopra al punto 1.) e per il diritto penale in particolare (si veda sopra al punto 3.), diventa possibile riconoscere la capacità di falsificazione del mezzo linguistico nel diritto: la concordanza tra la sentenza e la legge che vale in riferimento al caso concreto costituisce di per sé un valore giuridico, a prescindere da ogni contenuto; il vincolo di legge è un

elemento necessario. Pertanto una sentenza che non possa fondarsi sulla legge non può costituire diritto giusto (Che possa aver luogo una rivolta legittima del giudice nei confronti di una legge ingiusta e che, quindi, la disubbidienza nei confronti della legge possa diventare norma giuridica è un dato di fatto che appartiene alle nostre esperienze in campo normativo. Ciò non fa comunque venir meno il valore del vincolo di legge nella normale quotidianità dell'interpretazione legislativa).

Il *medium* linguistico costituisce quindi un fattore di falsificazione e non di verifica nella pratica applicativa della legge: non conduce a risultati interpretativi necessariamente giusti ma ne indica, durante il normale esercizio della giustizia penale nell'ambito dello stato di diritto, la falsità. Questo va considerato un risultato misero solo se ci si nutre dell'ingenua aspettativa che nel campo del diritto vi sia sempre un risultato giusto e che esso possa essere dedotto dalla legge. Tale risultato è invece significativo se si considera la realtà di un modo di accostarsi del giudice alla legge caratterizzato dalla discrezionalità decisionale, dalla creazione giudiziale di diritto e da una estensione regolarmente ampia di quanto può essere sostenuto.

b) Divieto di analogia

La dogmatica del diritto penale, intesa come l'insieme ordinato delle parafrasi e delle concretizzazioni delle leggi penali in vigore, promette di fornire un aiuto se viene considerata in rapporto al divieto di analogia.

Similmente alle regole interpretative formulate dalla teoria del diritto e dalla dottrina del metodo (si veda sopra al punto 3.1.), anche la dogmatica formula delle indicazioni per l'interprete ad un livello di astrazione intermedio tra legge e decisione. A differenza delle regole interpretative, però, le indicazioni della dogmatica sono legate alla legge di volta in volta in vigore: esse nascono e muoiono con quella. Se, per esempio, l'interpretazione storico-soggettiva esorta a rispettare sempre l'intenzione del legislatore, la dottrina penalistica in materia di legittima difesa ci informa su che cosa significhi concretamente in questa fattispecie la formula «minaccia attuale illegittima» (contro la quale ci si può difendere); se la legge viene modificata, il corrispondente passo della dogmatica diviene obsoleto ma non lo diviene assolutamente nessuna delle regole interpretative.

Entrambi gli apparati normativi perseguono concordemente il fine di attribuire certezza al lavoro svolto sulla legge, di renderlo

durevole, trasparente e pertanto controllabile. Entrambi non godono della consacrazione costituzionale — che fonda il vincolo dell'amministrazione della giustizia in uno stato caratterizzato dalla separazione dei poteri — posseduta dalla legge. In ogni caso la dogmatica penale fornisce una straordinaria quantità di informazioni riguardo al «vero» contenuto del comando impartito dalla legge, informazioni che i giuristi ordinano in modo accurato e chiaro nei commenti e nelle raccolte di sentenze, in modo tale da renderle in ogni momento disponibili come supporto nella formulazione della sentenza. E non è assolutamente facile nella pratica decisionale giudicare ed argomentare in opposizione ad una opinione «prevalente» o addirittura «dominante».

Ci si dovrebbe aspettare che il linguaggio corretto nel diritto penale potesse essere garantito in grande misura dalla cooperazione tra dogmatica e il divieto di analogia. Le parafrasi e le concretizzazioni del testo di legge che la dogmatica penale mette a disposizione acquistano un ulteriore grado di certezza sotto il profilo metodologico in virtù del divieto di analogia (questa volta non nella forma fondamentale del vincolo di legge, bensì nella forma pragmatica della tradizione penale di comprensione legislativa).

Tale aspettativa sarebbe in buona parte legittima. Nella quotidianità della giustizia penale il giusperito sa bene che cosa ci si deve aspettare in rapporto alla definizione di condotta punibile e riguardo alla sanzione in caso di condanna. La dogmatica penale, creata dal comune operare della giurisprudenza e della scienza giuridica su cui essa si fonda, nel corso del tempo ha lavorato di cesello sui concetti di «danno patrimoniale» (in caso di frode) oppure di «violenza» (in caso di rapina, coercizione o stupro), rielaborandoli in modo tale che ognuno sappia su che cosa può vertere la causa e su che cosa invece no, quale sia la direzione evolutiva nel momento attuale e da che parte stiano le ragioni vincenti.

Ciò non è poco.

Tuttavia questo non basta. Chi non viene consigliato o difeso da un penalista di professione, in molti casi non è in grado di prevedere che cosa lo aspetti. Il codice penale, proprio a causa delle cesellature e delle parafrasi elaborate dalla dogmatica, rappresenta una fonte assolutamente non attendibile ed i commenti non sono facilmente accessibili e comprensibili ai profani. Persino il giusperito non è in grado di pronosticare in modo attendibile quale sentenza emetteranno i tribunali.

Ciò è facilmente comprensibile in riferimento all'entità della pena (tre o quattro anni? perché così tanto?) ma è plausibile anche per quanto riguarda l'inserimento di un comportamento all'interno di una fattispecie: la funzione fondamentale dei tribunali penali superiori consiste nello stabilire in modo vincolante per il caso singolo come si debba intendere un concetto giuridico. In ciascuno di questi casi specifici i penalisti di professione hanno disputato sulla comprensione corretta di un concetto, la quale viene scoperta dalla parte in causa soltanto in virtù della forza vincolante del verdetto, e cioè troppo tardi.

Naturalmente tutto questo può trovare giustificazione considerando la vivacità della lingua e del diritto, il loro inevitabile dipendere dai mutamenti sociali, il fatto che i giudici sono persone e non automi e così via. Tuttavia i penalisti, di fronte alla pericolosità del diritto penale (si veda sopra al punto 2.1.), non possono tranquillizzarsi trincerandosi dietro tali considerazioni. Essi devono tentare di garantire la corretta comprensione senza devitalizzare il diritto penale. Esattamente a questo deve servire il divieto di analogia: tale principio deve garantire che l'imputato non venga sorpreso da punizioni che nessun uomo ragionevole poteva prevedere: la legge penale non può essere applicata per analogia *in malam partem*.

4. COME PUÒ ESSERE GARANTITO UN USO CORRETTO DEL LINGUAGGIO

Nel caso ci si voglia convincere del valore posseduto da un principio posto a protezione degli uomini, vale la pena a volte osservare tale principio in azione e interrogarsi sulla sua rilevanza entro la prassi dell'amministrazione della giustizia.

4.1. *Casistica*

Visto in questa prospettiva, il divieto di analogia sembra non di rado venir meno al proprio compito. Le seguenti deliberazioni giurisprudenziali dei tribunali superiori sono significative a tal riguardo. Dovrebbe valere che:

- l'acido muriatico diluito è un'«arma»;
- la somministrazione non violenta di una sostanza narcotica si configura come «uso della forza»;

- l'intenzione di portare via un libro per riportarlo indietro subito dopo la lettura si configura come «intento di appropriazione»;
- un autoveicolo è una «vettura carrozzata»;
- l'allontanamento giustificato dal luogo dell'incidente nonostante il successivo ritorno si configura come «fuga del conducente dal luogo dell'incidente»;
- il blocco di un passo carrabile per mezzo di un sit-in si configura come «violenza».

Questi sono naturalmente dei casi eclatanti e per ognuno di essi ciascun giurista può rinvenire una spiegazione plausibile. Tuttavia essi fanno luce sul nostro problema, e cioè su come venga garantito il linguaggio corretto nella prassi penale e sul reale estendersi del divieto di analogia (il fatto che nel diritto penale la legge venga compresa con successo quotidianamente è un merito che non deve essere attribuito al divieto di analogia; tale divieto non deve informare il caso normale bensì evitare proprio quei casi estremi elencati nella nostra lista; non è un principio che annuncia la giornata di sole ma il maltempo, e dovrebbe pertanto scongiurare il verificarsi di casi eclatanti).

Quanto detto conduce ad interrogarsi sui presupposti del significato pratico del divieto di analogia; la risposta a questa domanda esige di fare chiarezza sulle difficoltà legate a tale divieto.

4.2. Motivazioni

a) La disputa dei giuristi: senso *versus* testo

Ovviamente il divieto di analogia — e questo è il suo problema principale — costituisce un oggetto di disputa tra giuristi, così come accade per tutti i principi fondamentali del diritto. Nonostante vi sia un consenso altrove non riscontrabile tra i professionisti riguardo alla ragion d'essere di tale principio (si veda sopra al punto 2.2.), il suo significato concreto resta dibattuto: configura esso il divieto di interpretare una legge penale in senso estensivo (e, se sì, che cosa significherebbe questo concretamente?), di andare oltre il senso di legge oppure di scostarsi dall'effettivo significato letterale?

Se si concorda nel lasciare da parte le questioni dell'interpretazione estensiva e del senso di legge (a causa della poca chiarezza di questi criteri, la loro analisi condurrebbe a sollevare nuovi problemi interpretativi e non invece a tracciare confini atten-

dibili), si presentano naturalmente ulteriori domande: cosa si deve intendere per «effettivo significato letterale» e come lo si deve determinare nel caso singolo? Consideriamo le possibili soluzioni alla prima domanda: va privilegiato il linguaggio tecnico dei giuristi, il linguaggio ordinario, il significato possibile del termine o quello vero, il significato naturale oppure il significato che emerge dal contesto? Per quanto riguarda la seconda domanda, i giuristi, nella misura in cui si rendono conto di ciò che risulta praticabile nella prassi e di quali siano i compiti dell'amministrazione della giustizia, concordano sul fatto che solamente il giudice responsabile della sentenza sotto il profilo procedurale e dell'ordinamento giudiziario sia legittimato a determinare validamente il significato dei termini. Alcuni irriducibili teorici del diritto insistono nel pretendere che il giudice, in caso di dubbio, debba orientarsi seguendo gli esiti di un'indagine demoscopica e che non si possa giustificare altrimenti il giudizio sul senso dei termini.

I problemi legati ad una tale procedura sono evidenti.

b) Linguaggio ordinario *versus* linguaggio dei giuristi

Se al divieto di analogia — che, a parte alcune sfumature, nessuno mette in discussione — spetta comunque il compito di proteggere l'imputato da brutte sorprese, allora il criterio per determinare l'estendersi della sua validità deve essere il linguaggio parlato dagli uomini; infatti su tale linguaggio si fondano le aspettative rivolte alle decisioni future dei tribunali penali. D'altra parte non si può negare che i penalisti, come pure i giuristi in genere, non facciano uso del linguaggio ordinario quanto piuttosto di una lingua artificiale loro propria, simile ma non identica al primo: sarebbe pertanto errato fondare il divieto di analogia a partire da una semantica estranea all'ambito nel quale tale divieto si insedia, cioè quello del diritto penale; utilizzando un parametro sbagliato, finiremmo col produrre risultati sbagliati o inservibili. Si possono trovare ragioni convincenti a favore di entrambe le posizioni sopra descritte, l'una in aperto contrasto con l'altra.

c) Opinione dei giudici *versus* opinione popolare

La medesime considerazioni, anche se in forma forse un po' più complessa, sono estendibili al secondo problema, e cioè al procedimento di determinazione del significato reale di un termine.

Un atteggiamento rigido della teoria del diritto può di per sé condurre ad asserire che il divieto di analogia ha efficacia se il giudice cui spetta verificarne l'osservanza non sia anche il giudice del processo: il divieto si mostra efficace, quindi, se spetta ad un'istanza esterna stabilire il significato dei termini che sarà misura dell'interpretazione giudiziale. Il destinatario di un divieto non dovrebbe stabilire se il divieto è stato osservato o meno. Ad un giudice che intendesse decidere ad ogni costo in un certo modo bisognerebbe opporre un ostacolo invalicabile, di fronte al quale egli fosse costretto a fermarsi.

D'altro canto questa soluzione comporterebbe delle conseguenze non praticabili né tollerabili in uno stato di diritto.

Non parliamo neppure dei costi che deriverebbero dalle indagini demoscopiche effettuate in caso di dubbio sui limiti dell'interpretazione (benché anche tali costi costituiscano un argomento degno di nota, dal momento che essi ricadrebbero sulle spalle dell'imputato in caso di condanna). Nella prassi tali indagini demoscopiche svelerebbero che una porzione degli intervistati utilizza un dato concetto in un certo modo, un'altra porzione in modo diverso (se non fosse così, non sussisterebbe neppure il dubbio interpretativo che contraddistingue il divieto di analogia) e che un'ulteriore gruppo non capisce neppure la domanda. Quanti voti favorevoli soddisferebbero i penalisti? Inoltre, i voti favorevoli dovrebbero essere di qualità determinata (andrebbero selezionati solamente *native speakers*, persone di una certa nazionalità, stabilire dei limiti d'età o di istruzione)? Non dovrebbero forse gli intervistati conoscere gli atti, oppure le circostanze di fatto o almeno il problema da cui ha avuto origine l'indagine, invece di tentare di collegare a vanvera parole a significati, dal momento che, come ben si sa, il parlare ed il comprendere dipendono dai contesti e dalle situazioni? Se la risposta è affermativa, chi potrebbe fornire loro queste informazioni (per esempio, può l'avvocato difensore partecipare alla spiegazione, e come?). E così via con problemi ulteriori.

Dubbia sarebbe anche la legittimità costituzionale di una tale procedura. E vero che le sentenze vengono emesse «in nome del popolo», ma ciò non va confuso con quanto prospettato sopra. La Costituzione, la legge sull'ordinamento giudiziario e il codice di procedura penale stabiliscono con estrema precisione quali soggetti possono agire sotto il profilo penale, a quali condizioni ed in quale concorso di circostanze; tali disposizioni normative costituiscono la spina dorsale di uno stato di diritto. Anche nel diritto pe-

nale conosciamo dei profani che agiscono in qualità di giudici (i giurati), ma «il popolo» non giudica, e per buone ragioni. Pertanto un'indicazione ricavata da un'indagine demoscopica non potrebbe avere alcun carattere vincolante. Soltanto il giudice competente per legge deve emettere la sentenza, motivarla ed assumerne la responsabilità. Sembrerebbe quindi che al giudice fosse dato decidere nel singolo caso riguardo alla validità del divieto di analogia, il quale è stato d'altra parte stabilito al fine di evitare o di correggere una decisione giudiziale insopportabile in riferimento al caso singolo.

d) Analogia *versus* interpretazione

Queste considerazioni conducono al problema centrale del divieto di analogia in ambito penale: qui le varie costellazioni illustrate sopra si complicano ulteriormente. Tale problema deriva dalla relazione particolare che il divieto di analogia (si veda sopra al punto 3.2.b.) instaura tra interpretazione e analogia. Dal momento che il divieto mira a garantire che i risultati interpretativi non si discostino troppo dal testo di legge, esso separa interpretazione ed analogia, ponendole in opposizione: l'analogia (in malam partem) è una forma di interpretazione non ammissibile nel diritto penale. Senza questa distinzione e contrapposizione il divieto di analogia non assolverebbe più al compito che ad un primo sguardo gli viene attribuito, e cioè quello di limitare e di falsificare l'interpretazione in rapporto al caso singolo. L'attribuzione di tale compito, come si può ben notare, presuppone infatti che l'analogia sia qualcosa di esterno all'interpretazione.

Tuttavia una tale presupposizione non è sostenibile, sebbene la maggior parte dei penalisti, per ovvi motivi, continui ad affermare fermamente il contrario: ogni interpretazione è infatti analogia. Nell'argomentazione per similitudine (*argumentum a similibus ad similia*, procedimento analogico) descritto dalla dottrina del metodo giuridico due casi vengono messi a confronto l'uno con l'altro in rapporto ad un terzo, al *tertium comparationis*. Il *tertium comparationis* rappresenta il nucleo essenziale comune a ciascuno degli altri due. Se il *tertium comparationis*, con un certo margine di tolleranza, può essere reputato uguale a ciascuno degli altri due casi, questi ultimi possono essere trattati in maniera simile (partendo da un caso, ad esempio, il cui significato giuridico sia definito, si potrebbe desumere *per analogiam* il significato giuridico sconosciuto). Se il *tertium comparationis*, invece, non viene ritenuto uguale agli altri due casi, bisogna battere la via dell'argomenta-

zione per opposizione (*l'argumentum e contrario*) e stabilire per il caso sconosciuto una soluzione diversa da quella del caso conosciuto.

A questo proposito (si veda sopra al punto 4.1.) la corte suprema federale si trovò a dover decidere se sia condannabile per furto forestale aggravato oppure semplice chi rubi legname in un bosco per mezzo di un automobile e con questa, infine, trasporti via la refurtiva. La legge che disciplina il furto forestale, promulgata nel XIX secolo, non poteva prevedere questa particolare fattispecie (pertanto il significato giuridico del furto forestale per mezzo di automobile restava una questione aperta); essa faceva cenno solamente a bestie da soma, barche e carri da traino quali strumenti qualificanti per la condanna (e chiariva quindi la posizione della legge in rapporto a questi casi). La corte si trovò dunque di fronte al seguente quesito: l'uso dell'automobile, non nominata dalla legge, andava considerato quale circostanza aggravante per il furto forestale? Considerando il fatto che il legislatore non aveva potuto prevedere l'evoluzione tecnologica e che conseguentemente il quesito non poteva essere risolto sulla base della legge, il senato giudicante costruì in modo scolastico il proprio *tertium comparationis*: i tre mezzi di trasporto incriminati dalla legge erano accomunati dalle seguenti caratteristiche: aiutavano colui che veniva colto in flagrante ad effettuare una fuga veloce, offrivano migliori possibilità di trasportare il bottino e causavano danni al sottobosco. L'automobile nel bosco dimostrava di possedere le medesime caratteristiche e perciò, poiché il *tertium comparationis* giungeva ad abbracciare anche la sua tipologia, la si poteva ritenere un «carro da traino» in senso giuridico, trattarla come un mezzo di trasporto qualificante per la condanna ed infine condannare l'accusato per furto forestale aggravato.

Ci si potrebbe stropicciare gli occhi dallo stupore: un esempio magistrale di analogia vietata nel diritto penale, e questo avviene addirittura senza neanche un accenno del tribunale all'art. 103 II GG, § 1 StGB, dove tale divieto trova formulazione scritta! La spiegazione più ovvia è anche la più spiacevole: il massimo tribunale penale tedesco non si è accorto in quale trappola è caduto. Se una volta superata l'indignazione oppure la sorpresa si vuole fare di questa sentenza un oggetto di riflessione, a partire da essa è possibile comprendere il rapporto tra interpretazione del diritto ed analogia. L'indignazione e la sorpresa sono dovute al fatto che un'automobile ed un carro da traino sono concetti quanto mai di-

stanti dal punto di vista semantico, e nonostante ciò essi vengono considerati come uguali *in malam partem* dalla corte suprema federale. Che cosa si potrebbe dire però dei seguenti casi, tutti ricavati dalla prassi? Che dire di una scarpa chiodata o del pugno di un pugile dilettante definiti come «strumenti pericolosi», o di una fotocopia non autenticata definita come «documento probatorio», oppure ancora dell'uccisione di una persona tranquillamente addormentata definita come «sleale»? Che cosa differenzia questi casi dal nostro «carro da traino»? Nient'altro se non il grado di lontananza semantica tra termine di legge e caso concreto percepita dalla (presunta) sensibilità linguistica della maggior parte della gente. Ogni interpretazione, ogni comprensione di una legge presuppone che il caso da risolvere venga confrontato con altri casi, i quali, indipendentemente dal fatto che vengano immaginati o effettivamente risolti in giudizio, sono senza dubbio «casi di questa legge». Non c'è alcuna interpretazione senza *tertium comparationis*, risulti esso irrilevante oppure determinante. Interpretazione ed analogia sono strutturalmente uguali tra loro.

5. CONCLUSIONI

Da quanto detto sopra segue che non è possibile segnare i confini dell'interpretazione per mezzo del divieto di analogia. Tale confine non «esiste». Il giudice può disporre: spetta a lui tracciarlo. L'interpretazione vietata non può essere considerata tale a prescindere dall'interpretare, e chi — come ad esempio questo testo — critica l'amministrazione della giustizia ritenendo che essa si presti in certi casi a degli eccessi, non fa altro che contrapporre la propria comprensione di un'interpretazione testuale fedele a quella altrui. Il divieto di analogia non segna i confini stabili dell'interpretazione e non rappresenta alcun affidabile mezzo per salvaguardare le posizioni giuridiche: esso è soltanto un argomento. Ma ciò costituisce un argine sufficiente di fronte alla pericolosità del diritto penale (vedi sopra al punto 2.1.)?

Tale strumento deve necessariamente bastare poiché non ve ne sono altri a disposizione. Esso alla fine può inoltre mostrarsi sufficiente nel caso vengano riconosciuti i problemi relativi alla garanzia di un linguaggio corretto e conseguentemente si cerchi di correre ai ripari imboccando la strada giusta.

Che esistano confini astratti del parlare e del comprendere al di fuori del parlare e del comprendere stessi può essere ritenuto vero solo da chi possieda una conoscenza giuridica piuttosto fossilizzata, ma certamente non da chi abbia conoscenza delle teorie del linguaggio. L'interpretazione giudiziale delle leggi è un atto di comprensione del testo e come tale è soggetto a tutte le limitazioni, i pre-giudizi, i soggettivismi, le *routine* e le impulsività che caratterizzano ogni forma del comprendere. Pertanto la soluzione dei problemi qui affrontati non consiste nell'istituzione di barriere linguistiche (che, come si può capire a livello teorico e facilmente riscontrare a livello pratico, in fondo non possono impedire nulla) bensì nell'organizzazione e nella formazione di una giustizia penale che realizzi il messaggio del divieto di analogia riconoscendone il valore per la prassi giuridica propria di uno stato di diritto.

Per loro stessa disposizione il legislatore affida le sue leggi nelle mani della giustizia (sotto lo sguardo attento di un pubblico critico). Nel caso più estremo egli può rinnovare la legge, laddove stabilisca che l'*iter* della giustizia segue una direzione completamente diversa da quella da lui concepita. Tuttavia anche la novella ricade sotto il dominio interpretativo degli amministratori della giustizia. La situazione non è diversa in riferimento al divieto di analogia e a tutti i principi fondamentali del diritto. Nel caso non esista una cultura che concepisca dei rapporti equilibrati tra legislazione ed amministrazione della giustizia, conformemente ai principi dello stato di diritto, è impossibile che tale cultura venga creata solo tramite esercizi linguistici, per quanto efficaci e volenterosi possano essere.

Oltre ad un'attenta selezione dei giuristi ed ad una loro formazione orientata secondo le esigenze di uno stato di diritto, ci sono soprattutto altre due condizioni rilevanti al fine dell'ottemperanza al divieto di analogia, condizioni che caratterizzano in un certo qual modo la nostra giustizia penale: esse sono il processo di trasformazione della giustizia in un sistema trasparente e l'esercizio della critica da parte dell'opinione pubblica nei confronti dell'amministrazione della giustizia. Il timore legato al fatto che i giudici dispongano del divieto di analogia e che ciò li conduca a sviluppare soggettivismi imprevedibili ed incontrollabili a scapito dell'imputato non sarebbe fondato. Tale timore non terrebbe conto del fatto che la giustizia nelle sue forme di organizzazione più moderne rappresenta un sistema complesso di mutua informazione, controllo e correzione.

Assai spesso l'amministrazione della giustizia è meno efficacemente «vincolata» alla legge che a se stessa: nella stesso ambito del contendere le istanze giudicanti minori sono vincolate alle decisioni di quelle maggiori, entrambe sono inoltre vincolate all'«opinione dominante» oppure alla tradizione propria di un certo tribunale. La maggior parte di questi vincoli sono informali ma non per questo meno efficaci: di regola essi infatti impediscono che si giunga alla decisione in maniera del tutto spontanea. La problematica associata a tali vincoli è evidente e consiste nella non trasparenza di un sistema complesso per coloro che vi sono estranei. Per risolvere tale problema con una strategia a lungo termine si può solamente ricorrere ad uno strumento «morbido», come quello di fornire una migliore informazione al pubblico (per mezzo dei media e dell'assistenza giuridica professionale) riguardo a quanto avviene all'interno del meccanismo della giustizia.

Un buon rimedio contro un esercizio giurisdizionale che violi le leggi consiste proprio nell'osservazione critica da parte di un'opinione pubblica vigile, interessata ed informata. La costituzione prevede che l'amministrazione della giustizia debba svolgere pubblicamente la parte più importante del proprio lavoro. Sotto il profilo della politica del diritto, tuttavia, tale principio si realizza solo quando l'opinione pubblica non perde di vista la giustizia.

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

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- BAUMANN, J., *Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht*, in «Monatschrift für deutsches Recht», 12 (1958), pp. 394-398.
HASSEMER, W., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, §. 27. V., Beck, München 1990.

- JOST, A., *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in «Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht», 65 (1950), pp. 358-370.
- KAUFMANN, A., *Analogie und «Natur der Sache». Zugleich ein Beitrag der Lehre vom Typus*, Decker & C. F. Müller, Heidelberg 1982².
- NAUCKE, W., *Die Aufhebung des strafrechtlichen Analogieverbots 1935*, in *NS-Recht in historischer Perspektive*, Oldenbourg, München-Wien 1981, pp. 71-108.
- NEUMANN, U., *Der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, in U. NEUMANN-J. RAHLF-E. VON SAVIGNY (hrsg.), *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, Beck, München 1976, pp. 42-59.
- PRIESTER, J.-M., *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, in H.-J. KOCH (hrsg.), *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Athäneum, Kronberg 1976, pp. 155-186.
- RANSIEK, B., *Gesetz und Lebenswirklichkeit. Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot*, Decker, Heidelberg 1989.
- RÜTHERS, B., *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wadel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Fischer, Heidelberg 1991⁴.
- SCHICK, B., *Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot*, in H. MEYER (hrsg.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, Manz, Wien 1991, pp. 625-649.
- VELTEN, P.-MERTENS, O., *Zur Kritik des grenzenlosen Verstehen. Grund und Umfang der Wortsinnbindung im Strafrecht*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», 76 (1990), pp. 516-543.
- YI, S.-D., *Wortlautgrenze, Intersubjektivität und Kontexteinbettung. Das strafrechtliche Analogieverbot*, Lang, Frankfurt/M. 1991.

(Traduzione dal tedesco di Damiano Canale)