Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento
Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2014

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

eurilink

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Liccardo Gaetano, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliat Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Sonia Albertosi, Federica Angeli, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Federico Dinelli, Francesca Romana Feleppa, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Giuliano Gruner, Laura Lamberti, Laura Letizia, Roberto Marotti, Masimo Pellingra, Benedetto Ponti, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Manuela Veronelli, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Contro il "fondamentalismo giuridico" e per una "ragio-nevolezza" delle sanzioni

di Alberto Pierobon

Un caso di… "svista" legislativa verificatosi (tra novellazioni e integrazioni e rinvii) nella disciplina ambientale (e che crea un "vuoto" normativo rilevante per la ravvisabilità – o meno - di una sanzione penale) ha provocato nell'ambito della dottrina e come giurisprudenza diverse letture (e applicazioni) della normativa. Si è occasionata così una prima (modesta) riflessione sui diversi approcci e sulle interpretazioni di una siffatta situazione, al di là della lex, e dove il c.d. fondamentalismo formale sembra ancora impregnare e condizionare alcuni legali e operatori. A noi sommessamente pare, invece, qui imporsi (fermo restando la complessità della materia e le più altre vette della teoria, che noi non siamo in grado di affrontare nella specialità della materia penale) una ricerca della giustizia secondo la coscienza normativa, ovvero attribuendo alla norma un significato giuridico - che può avvenire a partire dal fatto, peraltro - come prevedibilmente atteso dall'ordinamento giuridico e dalla comunità. Il tutto (ineludibilmente) grazie al recupero dell'esperienza e della ragionevolezza (come canoni e per una lettura valoriale dell'ordinamento). Diversamente, a noi pare, che la forma e la procedura (fini a sé stesse, ovvero suddite alla fonte parlamento-partitica) sembrano portare ad un nichilismo giuridico, cioè all'indifferenza per gli aspetti di senso e di contenuto, insomma, ad un "vuoto" non solo legale. Ecco – almeno a noi così sembra - la utilità (anche pei riflessi operativi) di una siffatta (modesta e non specialistica) ricostruzione, che riteniamo possa giovare (quantomeno come provocazione culturale e suggestioni operative) non solo per i controllori ambientali, ma pure in altri campi e attività (che riguardano, tra altri, la polizia municipale, i funzionari pubblici, etc.). Il tutto (lo auspichiamo da sempre) affinchè il diritto non si riduca al "vuoto" nichilistico, bensì che torni ad essere - pienamente e coraggiosamente - una scienza umana, e che gli operatori coltivino la passione di approfondire la (ancorchè talvolta ostica, financo fastidiosa, complessificata, opinata/opinabile, etc.) questa scienza, con un approccio culturale, aperto al senso e alla vita (comunque fuori dalle banalità, dalle semplificazioni, dalle scorciatoie, da ideologismi,etc.).

Parte della dottrina ritorna sulla tematica delle sanzioni in materia di rifiuti, alimentando un dibattito che diventa un'ennesima occasione per chiarire taluni percorsi di lettura, fuori di emotività e fuori da qualsivoglia interesse o appartenenza.

L'argomento era stato da noi precedentemente investigato[1] in occasione della *querelle* relativa alla tematica delle sanzioni penali SISTRI, in particolare sul trasporto di rifiuti pericolosi e sulla (asseritamente intervenuta) depenalizzazione del medesimo comportamento in quanto considerato (per errore del legislatore, per lacuna, per vuoto normativo, etc.) tenuto "fuori" dal predetto sistema.

In quella sede ci siamo molto richiamati, tra altri, soprattutto al pensiero del grande penalista - friulano di nascita e veneto di formazione - Giuseppe BETTIOL[2], anche perché Egli confidava che "il diritto penale è molto utile e interessante, perché ci permette di parlare di altre cose"[3].

In quell'occasione avevamo accennato come, tra le sanzioni SISTRI assumeva rilievo penale il trasporto di rifiuti pericolosi effettuato in assenza della copia cartacea della scheda SISTRI – area movimentazione. Invece, il medesimo trasporto effettuato senza formulario (o con formulario riportante dati incompleti o inesatti) dai soggetti non obbligati ad aderire al SISTRI ("fuori" SISTRI), non rilevava penalmente (bensì quale sanzione amministrativa), fatta salva l'ipotesi dell'art. 483 c.p.[4].

Ma, la letargia (o la voluta confusione) legislativa (complice le problematiche insorte "dal" e "col" SISTRI), ha comportato (dal punto di vista penale) un vuoto sanzionatorio per i trasporti di rifiuti pericolosi effettuati, appunto, "fuori" dal sistema SISTRI, cosicchè (considerando formalisticamente dal punto di vista giuridico questo vuoto o lacuna o errore che sia) essi comportamenti non sarebbero più sanzionabili penalmente[5].

Pervero, il SISTRI (anche in questo momento di c.d. "resurrezione") non potrà venire … "cestinato" dall'apparato statale e dai soggetti preposti al governo della cosa pubblica (anche se il SISTRI da tempo avrebbe dovuto essere censurato dal punto di vista tecnico e prestazionale: vedasi oltre).

Il contratto anzitempo stipulato tra il Ministero dell'Ambiente e la Selex-Finmeccanica (affidataria del servizio) sembra infatti essere (così è emerso nelle indagini svolte, nelle audizioni ascoltabili nel sito di "radio radicale", nella documentazione a suo tempo secretata, etc.) un contratto, ci si consenta, "capestro" comportan-

[1] Sia permesso richiamare il nostro scritto: Quale ''ragionevolezza'' delle sanzioni penali? (il trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario), pubblicato nella rivista *on line* "Gazzetta degli enti locali", in due parti, rispettivamente il 27 agosto e il 3 settembre 2012.

[2] In particolare G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1980 (terza edizione). Vedasi anche R. BETTIOL – B. PELLEGRINO, *Giuseppe Bettiol. Una vita tra diritto e politica*, Padova, 2009. Ma prendendo molti utili spunti da - se non "saccheggiando" - il denso volume di S. RIONDATO, *Un diritto penale detto ''ragionevole''*. Raccontando Giuseppe Bettiol, Padova, 2005.

[3] Così ZAFFARONI, parlando di BETTIOL come "L'erede della tradizione penalistica della cosiddetta "scuola classica" italiana, la sua immagine intellettuale era così enorme che a volte ci sembrava parlare con due secoli di scienza penale liberale. Non era il professore 'tecnocrate' preoccupato dei dettagli minori (che certamente conosceva benissimo), ma l'uomo che si trovava più volentieri tra le grandi idee, tra i filosofi, tra le correnti del pensiero universale", *"Ricordo del Prof. Eugenio Raul Zaffaroni*, in R. BETTIOL – B. PELLEGRINO, op.cit., p. 287.

[4] ovvero per la produzione o l'utilizzazione di un certificato di analisi falso.

[5] *Ex multis*, Cfr. quanto viene ricapitolato e analizzato (ad agosto 2013) G. AMENDOLA, *Cassazione, inquinamento da leggi e trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario, Foro Italiano*, Ottobre 2013, leggibile in www.lexambiente.it.

te per l'erario il riconoscimento di somme che si appalesano eccessivamente "rischiose" per le casse statali anche a fronte, così si vocifera, di una risoluzione che fosse "forte" e "motivata".

Di qui il profluvio provvedimentale improntato (perlopiù) alla logica del "soprassedere" …. tanto le cose poi (da "sole", *sic*!) si sistemano!

Oltre ai continui caroselli normativi, alle circolari e ai comunicati vari emanati dal Ministero dell'Ambiente (senza poi considerare i rimaneggiamenti, se non le continue riscritture, dei "manuali d'uso" e delle "guide" inserite nel sito del SISTRI che dovevano supportare e aiutare i soggetti obbligati al sistema), che hanno, di volta in volta, modificato, sospeso, prorogato, tolto per determinati periodi le sanzioni, previsto delle verifiche al sistema, etc. etc.

Il SISTRI (lo si legge un po' dappertutto) ancora non sembra consentire una rigorosa tracciabilità nella movimentazione dei rifiuti, diventando piuttosto (tra gli accomodamenti *in progress*, gli aiuti concessi a talune associazioni categoriali, le deroghe per le specificità di talune attività, etc.) un luogo dove, ci si consenta, alligna una qualcerta "confusione".

Per fronteggiare questo (invero perdurante) *handicap* si è cercato di, e ancora si continua a (tra varie commissioni all'uopo incaricate e/o costituite *ad hoc*) trovare una qualche "salvezza" (o soluzione che sia) per tenere in vita il SISTRI, anche dal punto di vista tecnico-prestazionale (proprio perché si continui come prima).

Infine, come pare, sarà una apposita commissione di collaudatori a manifestarsi sulla cosiddetta "sostenibilità" tecnico-prestazionale (secondo i criteri e le esigenze precisate nel …. contratto, come alfine stipulatosi!) del SISTRI.

Ma, ripetiamo, chi avrà mai il coraggio ad assumersi la responsabilità di fare saltare il SISTRI, anche ove si appurasse che questo sistema abbia le pecche che vengono attribuite e anche se esso sistema continua nel suo procedere diciamo - per usare un termine generoso - "claudicante" (se non inadempiente rispetto a quanto anzitempo progettato e previsto)?

Da ultimo si veda la deliberazione del Consiglio n. 10 nell'adunanza in data 10 aprile 2014 dell'AVCP (Autorità per la vigilanza sui contratti Pubblici, di Lavori, Servizi e Forniture) il quale Consiglio "ritiene che l'affidamento del progetto SISTRI non sia conforme all'art.17, comma 1 del Codice dei contratti pubblici nella versione vigente al tempo dell'affidamento stesso e prima della modifica apportata a tale disposizione ad opera dell'art.33, comma 3, del d.lgs. n.208/2011 (in vigore dal 15.01.2012),nei limiti e secondo le motivazioni espresse nella parte in diritto" e che "ritiene in particolare che il progetto SISTRI – per quanto sia stato oggetto di secretazione – non sembra rientrare nell'ambito quanto meno soggettivo individuato dal predetto art. 17, relativamente alla procedura finalizzata alla ricerca dell'esecutore delineata nel successivo comma 4; conseguentemente, il provvedimento di secretazione avrebbe potuto al più legittimare una procedura di gara, nella quale accanto ai requisiti ordinari per partecipare ed eseguire previsti dalla normativa (requisiti generali e speciali), si sarebbe dovuto richiedere agli operatori il possesso dell'abilitazione di sicurezza"[6].

[6] La deliberazione in parola è stata depositata l'8 maggio 2014, dandosi mandato (punto 3 del deliberato) alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture affinchè comunichi la presente delibera al competente Ministero" e dando "altresì' mandato per l'invio del presente provvedimento – sulla base del comma 13 dell'art.6 del Codice – alla Direzione Distrettuale Antimafia presso la Procura della Repubblica di Napoli, alla Procura generale

Tornando al nostro caso, detto in modo secco e diretto: il suddetto (medesimo) comportamento veniva voluto e previsto originariamente e, pure, nelle novellazioni legislative quale sanzionabile penalmente.

A causa di un, per così dire, "errore" legislativo (nel cantiere sempre aperto delle "manutenzioni" e/o delle "ristrutturazioni" normative) questo comportamento, per un certo periodo temporale (nei giochi dei rinvii, richiami, etc.) è rimasto "fuori SISTRI", ovvero scoperto (sempre formalmente parlando) dalla sua riconduzione alla sanzione penale.

Su questo "vuoto" quasi tutti hanno allora esclamato che il trasporto illecito di rifiuti pericolosi "fuori" SISTRI per il periodo di mancata copertura – pur nella loro consapevolezza che trattavasi del medesimo comportamento che, si ripete, veniva sanzionato penalmente nel periodo precedente al "vuoto" creatosi e anche in quello successivo al "vuoto" - sarebbe stato "depenalizzato", con efficacia retroattiva *ex* art. 2 c.p.[7], ovvero richiamandosi al noto principio di irretroattività delle norme incriminatrici (o di quelle recanti un trattamento penale più sfavorevole)[8], e pure della retroattività della legge penale più favorevole per il reo[9].

della Corte dei Conti e al Nucleo Polizia Tributaria di Napoli, per i profili di competenza".

[7] Com'è noto, l'art. 2 c.p. <recepisce il principio generale della irretroattività della legge (articolo 25 Cost., articolo 11 disposizioni sulla legge in generale) integrandolo con quello della retroattività della legge più favorevole al reo, prendendo in considerazione tre distinte ipotesi: a) nuove incriminazioni, nel qual caso in base al disposto del primo comma viene applicato il principio della irretroattività; b) abolizione di incriminazioni precedenti che determinano (articolo 2, secondo comma) l'applicazione del principio della retroattività più favorevole al reo con la cessazione dell'esecuzione e degli effetti penali dell'eventuale condanna; c) nuove disposizioni soltanto modificative che determinano (articolo 2, comma terzo) l'applicabilità delle disposizioni – precedenti o successive – più favorevoli al reo e sempre che non sia già intervenuta una sentenza irrevocabile> L. RAMACCI, *Diritto penale dell'ambiente*, Padova, 2009, p. 34.

[8] E' stato osservato che ove si analizzi la formulazione di ' legge … entrata in vigore prima del fatto commesso' "con un po' di senso critico, essa non appare idonea a richiamare l'irretroattività", (gli Autori continuano in nota) "Tale non-idoneità viene in evidenza ragionando su un esempio immaginario: ipotizziamo che Tizio, nell'anno 2005, abbia manifestato opinioni irriverenti su una religione animista, il qual fatto, nel 2005, non era previsto come reato; ipotizziamo che nell'anno 2020 (in presenza di mutati contesti politici, e per rafforzare un messaggio di accoglienza transculturale), venga promulgata una legge che preveda, come reato, ogni 'vilipendio religioso', e ciò con decorrenza dall'inizio del secolo (quale segno di rinnovamento epocale). Orbene: come negare che tale legge, in virtù della propria clausola di retroattività, risulterebbe entrata in vigore prima del fatto commesso (commesso da Tizio nel 2005)?"così L. LANTELLA – R. CATERINA, *Se X allora Y. II: lavorare con le regole*, Torino, 2009, p. 37 e nota 30 medesima pagina.

[9] Ricorda L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (prefazione di N. BOBBIO), Roma-Bari, 2008, p. 381 che gli "orientamenti teorici ampiamente condivisi dalla cultura giuridica europea e del primo Novecento" oscillavano "tra positivismo antropologico e legalismo etico" 'Vogliamo la retroattività sui fatti pei quali la legge nuova abbia comunque modificata la repressione', proclamò Eugenio Florian rivendicando il 'principio opposto a quello oggi prevalente: la giustificazione, cioè, dell'assoluta retroattività della legge penale nell'orbita dei delitti'. E la 'creazione della norma mancante', in presenza di un 'atto socialmente dannoso non espressamente previsto dalla legge penale', fu raccomandata (..) da Giuseppe Maggiore e da Francesco Carnelutti, che additarono a modello proprio l'esperienza sovietica. Perfino la cultura giuspositivistica non rimase estranea a questi orientamenti, giungendo a mettere in discussione, e in qualche caso a negare, il divieto di analogia penale *in malam partem* (.. ora *N.d.R.…)* lo stesso principio di stretta legalità è nel nostro ordinamento formulato in maniera sommaria ed ambigua; e la nostra dottrina e giurisprudenza restano incerte sul suo rango costituzionale e sulla sua portata normativa ".
Sempre il predetto Autore (op.cit.,p. 746) espone il principio di "stretta legalità delle pene" (come per la stretta legalità dei reati), che "ha tre significati: a) quello di riserva di legge (…); b) quello di tipicità o tassatività delle pene (..); c) quello della predeterminazione legale delle pene (…). E anche da essa conseguono, relativamente alle pene, i tre corollari già enunciati in tema di reato: a) l'irretroattività delle legge penale sfavorevole al reo; b) la retroattività e l'ultrattività della legge penale favorevole al

Nel frattempo sono state pronunciate due sentenze della Cassazione penale a favore dell'intervenuta depenalizzazione del trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario, etc..

Trattasi delle sentenze:

- **Cassazione penale, Sez.III^, decisa il 21 giugno 2011 (dep. il 27 luglio 2011), n. 29973/11** la quale, invero, si è limitata ad affermare (punto 7):
  <che in questa sede non è necessario approfondire le questioni derivanti dalla suddetta modifica legislativa e gli eventuali problemi di continuità normativa, in quanto deve ritenersi che la fattispecie oggetto del giudizio già sulla base della disciplina vigente all'epoca del fatto costituiva – in astratto – un illecito amministrativo e non un illecito penale. E ciò perché da quanto emerge dalle due sentenze di merito, non risulta che si trattasse di rifiuti pericolosi e che quindi si dovesse applicare la sanzione penale prevista per il trasporto di rifiuti pericolosi dal vecchio testo dell'art. 258, comma 4>;
- **Cass. penale, Sez.III^, decisa il 22 febbraio 2012 (dep. Il 24 aprile 2012), n. 15732/12** che non sembra essere per noi condivisibile, quantomeno, per aver attribuito alla precedente (succitata) sentenza conclusioni che non pare siano state invece affermate dalla Corte.

Ora, sono intervenute due ulteriori sentenze:

- della **Cassazione penale, Sez.III^ del 30 luglio 2013, n.32942** la quale, tra altro, afferma (par. 1.1. del "considerato in diritto") che:
  "La rilevanza penale della disposizione di cui all'art. 258, comma 4 del suddetto D.L.vo è venuta meno per effetto delle modifiche intervenuto con il D.Lv. 205/10. Sul punto si ricorda quanto affermato dalla giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale ''il trasporto di rifiuti pericolosi senza il prescritto formulario o con un formulario con dati incompleti o inesatti non è più sanzionato penalmente né dal nuovo testo dell'art. 258, comma 4, del d.lgs. 3 aprile 2006, n.152 (come modificato dall'art. 35 del d.lgs. 3 dicembre 2010, n. 205) – che si riferisce alle imprese che trasportano i propri rifiuti e che prevede la sanzione penale per altre condotte (in particolare, per chi, nella predisposizione di certificati di analisi di rifiuti, fornisca false indicazioni sulla tipologia del rifiuto o fa uso del certificato falso) – né dall'art. 260 bis del medesimo d.lgs. n.152 (come introdotto dall'art. 36 del d.lgs. del 2010), che punisce il trasporto di rifiuti pericolosi non accompagnato dalla scheda Sistri" (Cass. Sez. 3^ 21.6.2011, Rigotti, Rv. 251019)";
- **Cassazione penale, Sez.III^ dell'8 luglio 2013, n.28909**: riferita ad una diversa fattispecie "avvenuto smaltimento di rifiuti non pericolosi di natura eterogenea aventi un codice C.E.R. diverso da quello indicato nel formulario di trasporto (reato commesso il 18 maggio 2007)".

La sentenza nel "considerato in diritto" par. 2 così continua:

"Secondo l'interpretazione del Tribunale tale condotta, oggi trasfusa nel D.L.vo 205/10 che ha introdotto la scheda SISTRI in luogo del codice CER, non costituisce più reato, ma illecito amministrativo, resi-

reo e; c) il divieto di analogia *in malam partem*. In questi sensi, e con queste implicazioni, il principio esprime peraltro il moderno monopolio statale della violenza punitiva e al tempo stesso la sua rigida delimitazione legale".

duando la condotta penalmente rilevante solo nell'ipotesi di trasporto di rifiuti pericolosi non accompagnato dalla copia cartacea della scheda SISTRI".

E nel punto 2:

"A ben vedere la nuova normativa introdotta dal D.L.vo 205/10 ha istituito la scheda SISTRI in sostituzione del precedente formulario: tuttavia la piena operatività del nuovo sistema di trasporto dei rifiuti è stata postergata ex D.M. 2.12.2010, all'1 giungo 2011 con conseguente rinvio delle sanzioni penali ivi previste che continuano, pertanto, a permanere inalterate rispetto alla disciplina precedente. Di seguito a tale D.M. è intervenuto l'art.6 del D.L. 13.8.2011, n.138 che ha ulteriormente differito al 15.12.2011 – 9.2.2012 l'effettiva operatività della scheda SISTRI" e al punto 3 la sentenza afferma "Di conseguenza, anche al fine di evitare un pericoloso vuoto normativo con possibile contrasto con il precetto costituzionale di cui all'art. 3 Cost. (principio di ragionevolezza)[10], la condotta contestata al Q. doveva ritenersi ancora punibile penalmente posto che l'operatività del sistema SISTRI non era ancora entrata a regime".

Molti operatori e consulenti giuridici oltre a censurare quest'ultima sentenza - evidenziandone la "povertà" delle motivazioni, ovvero la laconicità delle argomentazioni ivi svolte – sostanzialmente sembrano rimanere entro (a noi sommessamente così pare e cercheremo a tal guisa di brevemente argomentare) una lettura ancorata al formalismo giuridico[11], se non

[10] "Quando le opposizioni reali tra principi e valori etici si traducono in antinomie giuridiche non risolvibili sulla scorta dei criteri che il legislatore detta per la risoluzione delle antinomie soccorre quello che la dottrina costituzionalistica chiama ' principio di ragionevolezza'. Secondo il paradigma logico proprio dei giudizi di ragionevolezza, nei casi in cui vengano in questione contrapposti interessi di rilievo costituzionale, occorre raffrontare il particolare bilanciamento operato dal legislatore, nell'ipotesi denunciata, con la gerarchia dei valori coinvolti nella scelta legislativa quale risulta stabilita nelle norme costituzionali (Corte costituzionale italiana, *ex multis*: sent. 467/1991) (…e l'A. prosegue citando A. BALDASSARRE, *Esistono norme giuridiche sopra-costituzionali?*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di G. Mengoni*, III; Milano, 1995, p. 1679-1696…N.d.R.) Il principio di ragionevolezza esprime la condizione logica essenziale per il funzionamento dell'ordinamento normativo: ha natura logica e non assiologia è trascendentale non trascendente rispetto all'ordinamento positivo." A. COSTANZO, *L'argomentazione giuridica* (con presentazione di B. MONTANARI), Milano, 2003, p. 70-72.

[11] Il formalismo giuridico parte da lontano "da quella sindrome ritualistica che abbiamo scoperto invadere (e spiegare) tutta l'arcaicità romana" , distinguendosi in "una specie di formalismo di primo grado, o debole e di superficie" da un "secondo paradigma di formalismo, forte e di profondità (…) nato certo in circostanze storiche molto più sviluppate, e non collegato all'elaborazione di un rituale bensì alla scoperta di una nuova episteme". A. SCHIAVONE, Ius. L'invenzione del diritto in Occidente, Torino, 2005, pag.175.
Occorre però evitare di cadere, come stiamo cercando, trovando un equilibrio e un senso, "nei pseudoproblemi e nei luoghi comuni" di cui, ad es., "l'alternativa ideologica tra formalismo e antiformalismo quali metodi di interpretazione e di applicazione della legge (..) i due approcci sono ambedue difettosi: il primo perché si limita alla sola denotazione degli elementi costitutivi o estensionali che rendono uguali tutti i casi denotati dalla medesima fattispecie legale, trascurandone i connotati estensionali che li rendono diversi: il secondo perché si limita alla sola connotazione dei caratteri singolari e intensionali che rendono ciascun caso connotato dal giudice diverso da tutti gli altri, trascurandone i tratti estensionali che li rendono uguali. Il cosiddetto 'formalismo' del primo approccio è in realtà una forma, assai diffusa nel mondo giuridico, di ottusità legalistica, che si manifesta nella mancanza di comprensione dei singoli casi e delle umane ragioni che li spiegano e li contraddistinguono. Il cosiddetto 'antiformalismo' del secondo è invece una forma, non meno diffusa nel medesimo mondo, di arbitrio sostanzialistico, che si esprime nella mancanza di verificazione della denotazione legale di un fatto come reato al di delle caratteristiche riprovevoli in esso ravvisate" L. FERRAJOLI, op.cit., p. 143-144.

del cosiddetto "legalismo"[12], o anche del "fondamentalismo formale"[13] imboccando una strada che dove si dividono comando e vita[14].

Però non serve cantilenare che è necessario che provveda il legislatore a colmare questo vuoto, massimamente (quasi una sorta di "aggravante" che conferma la sola lettura formalista condotta da questi "sostenitori") condividendosi che il perdurare di una siffatta situazione potrebbe aver costituito una sorta di incentivo alla (in quanto impunita) disonestà e, al contempo, una beffa per gli onesti.

E, anzi, l'accanirsi nella propria tesi, adducendo (*in pro)* le (altre o ulteriori) sentenze sembra a noi che semplifichi e appiattisca (anziché corroborare fuori dal formalismo e dai suoi criteri) questa posizione che, in taluni casi, potrebbe valere anche per i magistrati .

Osservava, infatti, il Calamandrei che:

"il magistrato che ha infilato una strada, si rifiuta di ascoltare le ragioni di chi vuol dimostrargli che è sbagliata, perché è convinto che, se l'abbandonasse dopo averla presa, ne soffrirebbe la dignità della giustizia. Egli crede che sia in giuoco la giustizia, mentre è in giuoco soltanto il suo amor proprio: senza accorgersene, coll'ostinarsi della sua tesi, da giudice si è trasformato in parte"[15].

Poiché non si deve (come vedremo) parlare solo di "interpretazione della legge" bensì di "interpretazione del diritto" in un nuovo contesto sociale e di produzione del diritto dove sempre più giova ricorrere al criterio della "ragionevolezza"[16], ancorando il diritto alla giustizia[17].

---

[12] Che non è esente da rischi e/o derive, poiché <il dogma del legalismo è un frutto che cresce ancora troppo rigoglioso in molte ramificazioni del razionalismo critico penale odierno. Esso limita a priori la materia della scienza penalistica che, invece, dovrebbe ravvivare tra l'altro l'interesse per il problema delle fonti, riconsiderando anzitutto la giurisprudenza come Nuvolone auspicava già nel '46>, così S. RIONDATO, *Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza*, in (a cura di U.VINCENTI), *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso. Atti del Seminario Internazionale di Studio.* Padova, 27 e 28 gennaio 1999, Padova, 2000, pag.256.

[13] Cfr. B. ROMANO, Due studi su forma e purezza del diritto, Torino,2008, che riprenderemo più avanti.
Peraltro, "il finissimo Pietro Piovani definì il formalismo come 'contenutismo deluso' e 'giusnaturalismo capovolto' (…). Poiché nessun contenuto è interdetto e vincolante, e tutti oscillano tra essere e non essere, le forme procedurali appaiono quasi un punto stabile, un centro nella perdita di antichi centri. L'espressionismo insegna che il caos si placa in geometrie di forme" N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, pag.13.

[14] Più esattamente "Far capo alla norma e al sistema di norme significa anche imboccare la strada di una separazione netta fra produzione e applicazione del diritto, fra comando e vita, fra un comando che si conchiude e si esaurisce in un testo e la vita che continua e diviene malgrado il testo e ben spesso oltre e contro il testo: è la strada che conduce a un formalismo talora esasperato nella sua astrattezza" così P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 56.

[15] P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano, 1999, citato da AGATA C. AMATO MANGIAMELI, *Sfide di teoria giuridica*, Padova,2010, pag.88.

[16] "Il criterio più penetrante per sindacare le scelte operate dal legislatore in ordine alla equiparazione o alla differenziazione delle diverse fattispecie regolate (passa dal principio di uguaglianza per venire individuato N.d.R.) nel principio di ragionevolezza. L'impiego di tale criterio faceva la sua prima apparizione nella sentenza n. 15 del 1960, dove veniva riconosciuto espressamente che 'il principio di eguaglianza è violato anche quando la legge, senza un ragionevole motivo, faccia un trattamento diverso a cittadini che si trovano in situazione eguale'. Detto criterio assumeva successivamente una portata più generale (..). Dall'art. 3 Cost. si finiva così per desumere il divieto di leggi irrazionali, suscettibili di porre arbitrarie discriminazioni tra soggetti che si trovino nelle stesse situazioni oppure arbitrarie assimilazioni tra soggetti che si trovino in situazioni diverse (…). Il giudizio di ragionevolezza (..) implicava (..) un esame sulla (..) coerenza (della giustizia o di una certa disciplina N.d.R.) rispetto alle norme poste dallo stesso legislatore in fattispecie analoghe (…). In generale (..) posto che il giudizio in tema di eguaglianza mira a ripristinare la coerenza dell'ordinamento giuridico, il rispetto delle scelte legislative richiede la riconduzione

Le definizioni più note di giustizia parlano "di una virtù di chi ha ciascuno il suo, o di chi dà a ciascuno ciò che gli spetta, o ciò che gli è dovuto, e così via: suppongono dunque, che altri abbiano già chiarito e statuito cosa sia il mio, cosa spetti, o cosa sia dovuto, ai singoli"[18].

Ma la giustizia non può essere solo "una relazione tra norme (per la quale relazione *N.d.R.*) Giusto è il legislatore, se è coerente; è il magistrato se si conforma alla legge; il consociato, se si conforma alla decisione del giudice" anche perché "La giustizia esige che ove una circostanza sia rilevante, tutta la classe dei casi concreti accompagnati da quella circostanza, subisca una valutazione normativa omogenea" [19]. Ad esempio, "Secondo la *Interessenjurisprudenz*, non ogni elemento o carattere della fattispecie può considerarsi decisivo per la valutazione legislativa, ma solo l'interesse umano che, nella fattispecie, emerge"[20].

Bene è stato sintetizzato che, "Per Luhmann la giustizia (che, si badi, non è giudicata per nulla irrilevante come si legge in certe interpretazioni ideologiche e avventate) è la 'formula di contingenza' del diritto, il modo in cui il sistema del diritto problematizza se stesso: è la forma con cui osserva la coerenza/incoerenza delle sue decisioni. E' dunque una riflessione immanente al diritto; è giustizia 'del' diritto e non giustizia 'attraverso' il diritto. Derrida concepisce invece la giustizia come infinità, incondizionatezza, apertura all'a-venire, impossibilità di 'chiudere'

delle eccezioni alla regola (…). In varie occasioni il sindacato di ragionevolezza è stato, peraltro, usato al di fuori dello schema 'ternario' richiamato come tipico del giudizio in tema di eguaglianza. Sono queste le ipotesi in cui il controllo non ha investito problemi di parità di trattamento, ma ha comportato 'valutazioni di adeguatezza, pertinenza, congruità, proporzionalità ovvero di coerenza interna o di ragionevolezza intrinseca della legge' (Anzon). In alcuni di questi casi è venuta in gioco la ragionevolezza intrinseca della legge; in altri, il canone di ragionevolezza è stato riferito non tanto alla legge in sé considerata (e cioè ai suoi presupposti, al suo fine ed al rapporto mezzi-fine che emerge dallo stesso contesto normativo) ma, più in generale, al rapporto di coerenza che deve unire la legge al sistema normativo complessivo entro cui la stessa si viene a collocare. In ipotesi del genere, si è notato "non è più il principio di eguaglianza che di per sé opera, quanto il principio di ragionevolezza, che può essere violato anche al di fuori dal confronto tra due norme (Barbera, Cocozza e Corso). Tanto che in una occasione la Corte ha parlato della ragionevolezza e dell'eguaglianza come di due principi distinti, sebbene entrambi desumibili dall'art.3 Cost. (sent. n. 284 del 1987). Numerose sono poi le pronunce nelle quali la Corte verifica l'irragionevolezza di una certa disciplina in relazione ai fini imposti da un determinato precetto costituzionale oppure in relazione agli scopi perseguiti dal legislatore (…).La ragionevolezza resta (..) in ogni caso, un criterio di controllo che tende a rimanere interno alle scelte effettuate dal legislatore" (E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, 1999, p. 89-91).

[17] Cfr. M. CICALA, *Spunti per la riflessione*, in F. GALLO, *L'interpretazione del diritto è 'affabulazione'?*, Milano, 2005, p. X.

Per V. ITALIA, *La fabbrica delle leggi. Leggi speciali e leggi di principio*, Milano, 1990, p. 25 *et passim*, "Il criterio della ragionevolezza si collega, sotto un certo profilo, con il criterio della giustizia della legge. Si afferma, cioè, che la legge è giusta in quanto ragionevole, ed è ragionevole in quanto giusta", anche se nota che "Il criterio di ragionevolezza di una legge è (…) una finzione; esso è un criterio politico, e tutto ciò quindi conferma che il mondo della politica ed il mondo del diritto sono incomunicabili. Ma contro questa tesi, anche se sottile, si può replicare che secondo il giudizio umano, il criterio di ragionevolezza non può essere irragionevole, e si presenta, come il principio di identità e di non contraddizione, come un postulato necessario. Le leggi si ritengono sempre emanate in funzione del bene comune, e la sentenza si ritiene ragionevole, giusta e vera (*pro veritate habetur*), con una presunzione *iuris tantum* che, pur se è la misura dei limiti delle cose umane, non può essere eliminata".

[18] R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 2003 (originariamente pubblicato nel 1947), p. 93-94.

[19] R. SACCO, op.cit., p. 95.

[20] R. SACCO, op.cit., p. 99 dove però (a p. 100) evidenzia che "Conforme alla affermazione contenuta nella presente trattazione, si dovrà però sostituire, in questa funzione classificatrice, all'atto storico normativo, l'atto storico soggettivo, ed ammettere che ogni classe – di concetti o di interessi – influisce sulla norma quando – e solo quando – sia connaturata colla mente che interpreta la dichiarazione normativa".

il diritto in se stesso: è la 'formula di trascendenza del diritto' (…). Anche per Luhmann si dà la trascendenza – pur sempre una trascendenza-immantente perché dall'orizzonte del senso (cioè dall'orizzonte mondano) non si può evadere (…). Secondo Teubner invece la Giustizia è realmente un concetto relazionale che deve essere elaborato autonomamente entro ogni sottosistema. Un ordinamento giuridico affronterebbe la sfida della giustizia, non realizzasse solo la coerenza interna del diritto, ma cercasse contemporaneamente di ricostruire, in modo adeguato e all'interno del diritto, la razionalità propria degli altri discorsi interessati"[21].

Infatti, a noi sembra che queste letture (che si ripetono nel tempo) sostanzialmente evidenzino:

- L'adesione ad un rinnovato positivismo giuridico[22], se non ad una lettura che…. si dà – addirittura - per ovvia, rimanendo però sulla "scorza" della normativa, ovvero attenendosi e applicando pedissequamente le regole basilari (ma avulse dalla loro storia, dalla teoria e dalla concettuologia) che si apprendevano, nei primi anni, sui banchi universitari e/o dai molti manuali che sono ancora di diritto positivo[23].

Ci piace segnalare la citazione di G. ZUCCALA', il quale ricordava come il BETTIOL sosteneva che "solo puntando sull'ignoto si allarga la sfera del noto: battendo acriticamente la strada altrui si resta prigionieri del vuoto. Ogni strada deve essere percorsa per tentare di ottenere la tutela più efficace dei valori che il diritto penale difende"[24]. Serve l'impensabile, poiché "L'interprete, proprio perché si trova a soppesare forze normative fra loro contrastanti, non riceve sufficiente materiale dalle premesse normative. Allora deve superare la impensabilità giuridica (se intesa in termini di diritto positivo) e produrre pensiero giuridico dotandosi delle categorie che il giudizio che riflette sul ca-

[21] R. PRANDINI, *La "costituzione" del diritto nell'epoca della globalizzazione. Struttura della società-mondo e cultura del diritto nell'opera di G. Teubner*, in G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 204-205.

[22] Per A. COSTANZO, op.cit., p. 60-61: Il giuspositivismo "anche nelle sue forme moderate (..) si presenta sia teoricamente che metodologicamente formalistico, come se usasse categorie assiologicamente neutre, obliando che non esistono categorie neutre, poiché tutte presuppongono un discorso che è di livello superiore a quello reso manifesto e che possiede contenuti sempre – in una qualche misura – metafisici, politici, morali, filosofici. Inoltre non può rilevarsi che nella realtà storica l'assetto del giuspositivismo non è mai stato (e non potrebbe mai essere) quello idealizzato nei discorsi di un Kelsen o quello esposto in alcune banalizzazioni che presentano i fautori del giuspositivismo stretto come pronti a considerare valida ogni norma solo perché posta secondo idonea procedura. Categorie apparentemente neutre hanno cristallizzato e occultato (mentre li presupponevano) alcuni dei valori etici del giusnaturalismo moderno (quelli recepiti dalla società borghese e conformi ai valori del cristianesimo europeo). In questo contesto, la giustificazione formale di un dato normativo (norma legislativa o *regula decidendi*) ne garantiva – tramite il controllo della sua coerenza con la razionalità del sistema giuridico – un fondamento morale. Difatti storicamente la tesi della separazione tra diritto e morale risulta riferita non tanto alla determinazione del contenuto dei dati normativi in sede legislativa quanto alla interpretazione e alla applicazione della legge: per queste attività si pretendeva l'uso esclusivo della deduzione logico-sistematica e l'espunzione di argomenti extrasistematici, religiosi, morali, politici e economici (Sul tema: L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, LV (2001), 1-10)".

[23] Come è stato notato, ricordando (ancora) i tanti lavori di P. GROSSI, nella prima metà del secolo scorso "In Italia la grande maggioranza degli studiosi di diritto positivo non metteva in discussione l'assolutismo giuridico, che concepiva il diritto come sinonimo di legge". Nel XX secolo "nessuno crede più che la decisione giuridica avvenga secondo le modalità della sussunzione sillogistica e nessuno ritiene più che i testi normativi possano ricevere una attribuzione di significato sufficiente a fondare una soluzione univoca" così A. GAMBARO, nella "Premessa"al volume di R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 2003, p. XVII e p. XX.

[24] G. ZUCCALA', *"Giuseppe Bettiol nel ricordo del suo Allievo Giuseppe Zuccalà"*, in R. BETTIOL – B.PELLEGRINO op. cit., p. 280.

so concreto gli suggerisce (questa produzione non è predeterminabile sulla base delle premesse legislative, poiché queste risultano, insufficienti o inadeguate)"[25].

Si tratta, come accennato, di una lettura (quella positivistica "estrema") che sembra obiettivamente seguire un "fondamentalismo formale", che, tra altro, è lo "asse della dottrina pura del diritto di Kelsen" (come meglio si dirà oltre).

Ad esempio[26]:

> "con la massima '*non sub homine sed sub lege*' si sostiene parimenti:
>
> non '*rex facit legem*', ma '*lex facit regem*'.
>
> Segue che, capovolgendo la direzione del pensiero greco-cristiano, si afferma:
>
> a) *factum et lex convertuntur* e
>
> b) si nega *verum, bonum et ius convertuntur*.

Il Fatto vincente costituisce la Norma vincente, che struttura la catena delle norme"[27].

L'abbeveramento - per questi proseliti del formalismo - alla sola fonte del parlamento (la legge), al più (come avviene) richiamando le sentenze che illuministicamente sono intese come la "bocca della legge"[28], congedano questi in-

[25] A. COSTANZO, op. cit., p. 31, e nella pagina successiva aggiunge "specialmente quando l'incertezza giuridica è concomitante con l'incertezza della scienza, la soluzione giuridica può intrecciarsi con la problematicità della contingenza che la occasiona, sicchè *tertium semper datum*, non solo per i *futura contingentia* ma anche per la realtà in atto".

[26] Per uno strumento di facile consultazione di sentenze latine e brocardi, si veda, *ex multis*, I. BELLINA, *Salvis iuribus. Il latino degli avvocati* (con prefazione di V. CHIUSANO), Torino, 1992.

[27] *Ibidem*, p. 109. Anche N. IRTI, *Fenomenologia del diritto debole*, in AA.VV., *Nuove frontiere del diritto. Dialoghi su giustizia e verità*, Bari, 2001, p. 35 segnala che "La norma ha una validità procedurale, e non una verità di contenuto. *Non veritas sed auctoritas facit legem*. Si discorre ancora dai giuristi (così gelosi e tenaci custodi di antico linguaggio) di *ratio legis*, ragione della legge, la quale formula tuttavia non designa un fondamento di immutabile razionalità, ma, più modestamente e caducamente, il perché storico-politico della norma (un "perché", né più né meno razionale di altri "perché"). L'unica e superstite razionalità riguarda il funzionamento delle procedure generatrici di norme".

[28] Ma nemmeno in campo penale l'interpretazione giudiziale può "ridursi a mera *bouche de la loi*, a una sorta di servo ossequiente o sciocco della volontà politica trasfusa nelle leggi scritte" occorre, infatti (tra altro), dare un significato alle norme. Cosicchè "Anche in capo penale l'interprete assume dunque un ruolo che può definirsi latamente 'creativo', nella misura in cui egli conforma o riempie ermeneuticamente le fattispecie penali nel diritto vivente, le integra, corregge, adatta, orienta ai casi concreti, ne propone interpretazioni restrittive o la contrario estensive (se non proprio analogiche 'mascherate') alla luce di valutazioni teleologiche non sempre univocamente desumibili dal testo scritto delle norme o dalla (non di rado polivalente) *ratio legis*". "Nell'esercizio della discrezionalità giudiziale, concepita come possibilità di scelta tra più alternative ermeneutiche legittime, l'opzione finale dell'interprete delle stesse norme penali sarà inevitabilmente influenzata da prese di posizione di valore e da precomprensioni", così G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2008, p. 14-15, pag.16.

Anche per AGATA C. AMATO MANGIAMELI, op. cit., p. 93 "la funzione dei giudici nelle età di trasformazione e di trapasso da un ordinamento sociale all'atro è anche quella di guidare entro la legalità la stessa trasformazione e di costruire pacificamente l'avvenire, senz'altro improprie e decisamente riduttive sono quelle considerazioni secondo le quali il giudice è con Montesquieu *bouche de la loi* e con Weber un automa paragrafico – dentro il quale, di sopra, si inseriscono gli atti, perché di sotto sputi fuori la sentenza insieme alle ragioni più o meno plausibili. A ben vedere, ogniqualvolta si riduce la funzione del giudice ad un puro sillogizzare impoveriamo e inaridiamo quella stessa funzione". E, ancora (a p. 94) citando P. CALAMANDREI sulle leggi: "Se il giudice comprendesse quel che c'è al di là, forse non potrebbe più applicarle con tranquillità di coscienza. E' bene che non si accorga che la funzione che la nostra società assegna alla giustizia è spesso quella di conservare le ingiustizie consacrate nei codici".

E, ancora, "la tensione tra legittimità e positività del diritto viene affrontata dalla giurisdizione come il problema di formulare decisioni giuste nel caso concreto, e tuttavia il giudice deve decidere in ogni singolo caso badando a salvaguardare la coerenza dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

In una fase di sostanzializzazione del diritto come attualmente nello schema dello Stato sociale contemporaneo, la giuridicità non può non avere come riferimento la stessa Costituzione materiale e i suoi principi, ed è destinata ad aprire alle argomentazioni morali e di principio , tanto da

terpreti dall'approfondimento delle sentenze e delle teorie ritenute non "utili"[29].

Si tralascia, insomma, l'ordinamento (inteso non come volontà politica: sul quale vedasi oltre) come dinamicamente congeniato (nel tempo).

Inoltre, aspetto fondamentale e importantissimo, non si considera (come dovrebbe essere ormai noto a tutti coloro che lavorano col diritto) che lo *jus* (diritto) è molto più complesso e "vivo" della *lex*[30] (legge)[31], essendo la *lex* solo

allentare il vincolo che tradizionalmente legava la magistratura alle disposizioni del legislatore politico (…) così I. RADOCCIA, *Alle radici della giuridicità*, Padova, 2009, p. 156.

[29] "Se per l'apprendimento del diritto non basta lo studio delle leggi e sentenze, ma occorre anche quello delle elaborazioni dottrinali, vuol dire che il diritto non è tutto contenuto nelle prime e che anche le seconde concorrono, se pur in maniera diversa da esse, a formarlo " inoltre "La produzione e l'applicazione del diritto non sono influenzate soltanto dall'elaborazione dottrinale, ma altresì da svariati altri fattori: ad esempio da istanze economiche e sociologiche, come (forse di più) da posizioni ideologiche (talora veri e propri *idola*)" così F. GALLO, op. cit., p. 110-111.

Ma pure va sottolineato quanto scriveva il BETTIOL "non ho mai amato sincretismi o compromessi ideologici. Ritengo che il diritto penale abbia la sua ragione di esistere nella chiarezza e nella coerenza delle impostazioni di fondo. La scienza penalistica è soprattutto uno strumento di battaglia perché sono in gioco la dignità e libertà della persona umana contro ogni forma palese ed oscura di coercizione" così nel "Ricordo del Prof. Alfredo Molari", in R. BETTIOL- B. PELLEGRINO, op. cit., p. 285.

[30] *Lex* è un "vocabolo molto risalente nel lessico latino, anche se forse non altrettanto di *ius*, *fas* o *mos*. La sua etimologia non ha suscitato minori problemi di quegli altri misteriosi monosillabi. Ma è di sicuro corretto collegare il suo significato originario all'indicazione di un atto di imperio del potere politico cittadino: un comando che si collocava perciò su un piano intrinsecamente distinto dal disciplinamento religioso dei sacerdoti, destinato ad agire a un livello diverso della vita comunitaria, per dir così solo umano, e che proprio per questo era provvisto della forza di una sanzione coercitiva (a differenza dei *responsa* pontificali, che in un certo senso non ne avevano bisogno. Nella lingua di Roma del V secolo *lex* ha quindi lo stesso valore che nel greco della stessa epoca aveva un'altra parola importante (…): nomos. (…) Nel latino più antico noi dovremmo di volta in volta renderlo con *mos*, o forse anche con *ius* nel suo significato originario, non con *lex*.(…) *Nomos* prende il posto (…di *thesmos* e di *themis* N.d.R.…) nella nuova accezione, imposta dalla spinta democratica che si andava affermando in quei decenni, e che ne aveva fatto una sua bandire, di 'legge (dettata dalla) politica' e del tutto umana, apportatrice di eguaglianza, di isonomia (…). Nel V secolo *nomos* è dunque un termine carico d'ideologia. Esso designava un paradigma di sovranità, poiché al suo significato si associava strettamente l'esperienza della democrazia (…) e quella (..) della scrittura come veicolo di comunicazione politica (..). Si formava in tal modo un trinomio inscindibile - legge, scrittura, laicità – in grado di opporre la certezza della conoscibilità e della stabilità all'arbitrio di una regola religiosa o consuetudinaria, manipolabile a piacimento dai detentori del potere (…). Ed è esattamente questo il significato – non meno ideologico – di *lex* nella Roma degli stessi anni (…). Mentre in Grecia l'invenzione della legge come comando politico 'escarnato' non trovava di fronte a sé, nelle pratiche di disciplinamento sociale elaborate fino ad allora, nulla di altrettanto forte, dal punto di vista culturale e istituzionale, da poterle resistere, se non residui di una regalità ormai recessiva in cui si confondevano ancora aspetti religiosi e prescrittivi, ad essa potè divenire ben presto il punto di riferimento esclusivo di ogni elaborazione in questo campo , subito oggetto della nuova filosofia di un grande dibattito etico e metafisico: un altro segno dell'assoluta preminenza della politica che riusciva ad integrare tutto dentro di sé; a Roma invece, quando una parte della città tentò di imporre lo stesso modello, questo si scontrò subito con un'esperienza alternativa già tanto consistente e capace di autoriformarsi e persino di acquisire dall'interno una dimensione progressivamente laica – il paradigma dl *ius* – da poterglisi opporre come qualcosa di consolidato, duro e fermo (…). Sarà (…) da quando *nomos* trasformerà il suo orizzonte di significati, polarizzato ormai dal riferimento alla legge politica, e l'esperienza del *ius* comincerà a distaccarsi dalla sua matrice esclusivamente religiosa – press'a poco nello stesso tempo, tra la fine del VI e la metà del V secolo – che quest'ultimo termine diventerà sostanzialmente intraducibile in greco: la mancanza della cosa trascinava con sé, inevitabile, l'assenza del nome" così A. SCHIAVONE, op. cit., p. 76-78 (ma, vedasi, pure le pagine successive sempre su *lex*, *leges*, *nomos*, *ius*).

[31] Peraltro, la *lex* non viene più intesa nell'accezione vaga di San Tommaso, "ma nel significato strettissimo della *loy*, legge in senso moderno, volizione autoritaria del detentore della nuova sovranità e caratterizzata dagli attributi della generalità e della rigidità" P. GROSSI, *Mitologie*…cit., p. 31.

una parte[32] (ovvero non si può confondere o far equivalere lo *jus* alla *lex*[33], le quali stanno piuttosto in un rapporto dialettico[34]);
Di qui interpretazioni non solo formalistiche, ma pure giustificative di una (come nel nostro caso) mancata tutela di un bene giuridico, che però deve essere ristabilito anche se il legislatore nicchia, dorme o, addirittura, sia connivente.
Poiché (anche se un po' enfaticamente) possiamo ripetere che "L'unica realtà giuridica è l'insieme di doveri giuridici"[35].

Altra domanda che qui sorge "Perché la infallibilità e, conseguentemente, la irresponsabilità giuridica per i detentori del potere politico, a fronte di pesanti responsabilità per i detentori del potere amministrativo e, oggi, anche del potere giudiziario?[36]"
Inoltre, non si affronta un altro problema fondamentale: se si intende (e si continua implicitamente ad aderire alla tesi per cui) il potere come "neutro", allora viene elusa "la vera difficoltà, cioè la questione su chi, qui, decida che cosa è bene e che cosa è male"[37]. La domanda allora consiste in "E' appagante, da un punto di vista sostanzialmente giustiziale, la garanzia offerta da legalità, certezza del diritto, divisione dei poteri?"[38].
Deve allora riemergere, come imperativo etico permanente, la ricerca della giustizia (che non è solo legalità[39]), evitando interpretazioni giuridiche violente[40] (che sono tali quando sono "prive di misura", poichè "il diritto ammette la forza in un momento ben delimitato e specifico del proprio esplicarsi: nel momento sanzionatorio.

---

[32] "Pensare il diritto come norma (e, quindi, ovviamente, come sanzione) significa continuare a pensarlo come potere, perché significa coagulare ed esaurire l'attenzione dell'ordinamento nel momento in cui il comando si produce e si manifesta" P. GROSSI, *Mitologie*…,p. 55.

[33] Su quest'ultimo aspetto si veda, esemplarmente, la ricostruzione storica fattane da P. GROSSI nelle sue numerosissime pubblicazioni: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, 1968; *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica preunitaria*, Milano,1977; *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000; *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002; *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, 2005; *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; *L'europa del diritto*, Roma-Bari, 2009; *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2007; *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano,2009; *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008; *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009; *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, Bologna, 2008; (a cura di G. ALPA), Paolo Grossi, Milano, 2011; *Novecento giuridico: un secolo postmoderno*, Napoli, 2011; *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2011; *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, 2012; *Ordine/compattezza/complessità. La funzione inventiva del giurista. Ieri e oggi*, Napoli 2012.

[34] Il rapporto dialettico si pone anche nel "rapporto dialettico tra disposizione e interpretazione, il rapporto tra diritto e giustizia, tra autonomia privata e intervento pubblico, tra stabilità dell'ordinamento ed evoluzione economico-sociale ed ora anche tecnologica, sono tutti aspetti della problematica odierna, in cui si esprimono altrettanti aspetti della 'certezza' del diritto" pur "adottando le precauzioni offerte dalla sua (dell'ordinamento N.d.R.) relatività e dalla sua storicità" G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 42-43.

[35] R. SACCO, op.cit., p. 124.

[36] P. GROSSI, *Mitologie*…cit.,p. 7.

[37] C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, p. 37-38.

[38] P. GROSSI, *Mitologie*…cit., p. 7.

[39] Altrimenti questa giustizia esprimerebbe "un valore relativo: come conformità alle norme di diritto". E' piuttosto una unità tra regole etiche e giuridiche, che differiscono dalla concezione etica dello Stato (che il positivismo ha imposto , divaricando il diritto e la morale "per cui il diritto può, comunque, diventare strumento ideologico per l'utilità di alcuni, fossero pure una maggioranza" così I. RADOCCIA, op.cit., p. 145.

[40] AGATA C. AMATO MANGIAMELI, op.cit., p. 151 citando Rosenfeld, dove continua "non tutte le interpretazioni giuridiche possono essere poste sul medesimo piano, e ciò in quanto alcune interpretazioni sono da ritenersi violente e quindi inaccettabili e riprovevoli. Si consideri a tal proposito l'applicazione di una legge volta ad umiliare la concezione del bene all'altro. Come è evidente, la violenza che consegue all'applicazione di simile legge 'risulta chiaramente più esecrabile, rispetto alla violenza associata all'applicazione di una norma penale nei confronti di qualcuno che si può ritenere abbia liberamente consentito alla sua promulgazione".

Anzi, in senso stretto, solo nel momento sanzionatorio penale" [41]).

Peraltro, possono (nel caso in esame) altresì soccorrerci "Anche i principi ambientali (chi inquina paga, riduzione del danno alla fonte, precauzione, prevenzione) (che N.d.R.) sono traduzione di doveri e non già di diritti: chi inquina "deve" pagare, il danno "deve" essere ridotto alla fonte, "è necessario" assumere un atteggiamento precauzionale a fronte dell'incertezza, si "deve" agire in via preventiva"[42].

Ove poi si passi ai diritti[43], vanno recuperati, quantomeno, quelli dell'uomo però rivalorizzando gli elementi sapienziali e valoriali della vita di relazione, diritti umani che qui - indubbiamente (eziandio, vertendosi in materia penale) - hanno un loro "peso"[44];

- Si trascura, altresì, in questo "nuovo" contesto (dove è protagonista la legge) di plurime fonti[45], di un "nuovo" Stato, della velocità e complessità di cambiamento nella realtà sociale[46], ovvero nella società civile, dei vari poteri, dell'effettività dello stesso e così via, "il potere dei giudici"[47], ossia il ruolo di "accresciuta partecipazione del giudice alla creazione della legge"[48], e ancora, non si considera (nella interpretazione) quanto è cambiato nella sfera pubblica, nelle fonti normative, nella politi-

---

[41] Così S. COTTA citato da AGATA C. AMATO MANGIAMELI, op.cit., p. 152 ss.

[42] F. FRACCHIA, *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti*, Napoli, 2013, pag.120, il quale nella pagina successiva precisa che "la cifra del diritto dell'ambiente è individuabile nella prospettiva della doverosità e della solidarietà che soltanto in via mediata hanno come oggetto la natura in quanto tale, mentre il vero obiettivo è la sopravvivenza della specie umana".

[43] Si badi che "I diritti affermati nelle carte costituzionali riflettono (..) diverse prospettive di valore e diverse interpretazioni del loro significato (.. ci sono due modi di intendere il diritto che corrispondono.. N.d.R.) "secondo la ricostruzione di ZAGREBELSKY (1992) a due interpretazioni dei diritti: una, nella quale i diritti sono visti in funzione della libertà dell'individuo, e , l'altra, in cui sono visti in funzione della giustizia (…). Queste due interpretazioni hanno alla loro base due concetti diversi di individuo e di dignità umana che corrispondono ai diversi valori privilegiati: libertà o giustizia" G. BONGIOVANNI, *Diritti inviolabili e libertà*, in (a cura di A. BARBERA), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2007, p. 88-89.

[44] D'altro canto, paradossalmente, "I diritti dell'uomo anziché esprimere un progresso del diritto, costituiscono piuttosto l'esempio più decisivo della sua crisi: ormai il diritto non è più nulla, la legge ha preso il sopravvento su di esso, quella legge formale la cui ultima parola si trova espressa dalla morale kantiana da cui i diritti dell'uomo derivano" L. DE SUTTER, *Deleuze e la pratica del diritto*, Verona, 2009, p. 57.

[45] La *societas* "è caratterizzata da un 'politeismo' delle razionalità (..). Ognuna di queste razionalità si radica in prassi sociali che nel loro operare quotidiano formano 'ordinamenti di vita concreta' allo stesso tempo particolari e universali. Ciascuno di questi ordinamenti 'irrita' il diritto che è costretto a introiettarne le razionalità. L'unità del diritto non è più realizzabile positivisticamente, cioè attraverso la sua chiusura, formalizzazione e tecnicizzazione. La soluzione sta nell'accettare la policontesturalità, sfruttandone le potenzialità" R. PRANDINI, op. cit., p. 207.

[46] Dove anche "gli usi del linguaggio possono essere disparati ed anche opposti; in un simile scenario si perde anche la razionalità delle architetture istituzionali che collocava gli scambi di messaggi normativi in un contesto di ragioni condivise che sono quelle della modernità. Sono i rapporti tra istituzioni interagenti all'interno di un sistema che danno un senso alle parole e non le parole che guidano le istituzioni" A. GAMBARO, op.cit., p. XXVI.

[47] Per rifarsi al titolo del libro di A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Roma-Bari, 1998 ove nella premessa (pagg.6-7) Egli chiarisce che "L'ipotesi-guida delle mie considerazioni è infatti che le cause dell'espansione del potere giudiziario siano esogene e non endogene, che cioè non vadano ricondotte a particolari meccanismi delle istituzioni giudiziarie, né tanto meno, è ovvio, alla volontà di determinati gruppi di magistrati, bensì al formarsi di condizioni nuove sia nella società, sia nelle istituzioni politiche del regime rappresentativo, e quindi alla nuova natura della legislazione e della domanda di giustizia che ne consegue. Fenomeni che hanno generato una molteplicità di situazioni prive di copertura normativa e/o di stallo decisionale, nelle quali il potere giudiziario è chiamato, in un modo o nell'altro, a intervenire".

[48] A. PIZZORNO, op.cit., p. 12.

ca, donde un espandersi di quello che è stato icasticamente definito "controllo di virtù " da parte della magistratura[49];

- "E' evidente il fatto che il diritto è tanto buono quanto lo sono i giudici che lo gestiscono; ciò può essere meno evidente sul Continente che in Inghilterra, Paese per eccellenza del diritto fatto dai giudici, ma è comunque un'affermazione generalmente valida"[50].

Lo sviluppo del diritto non può che procedere se non anche in senso creativo,il che avviene anche indipendentemente dalla norma, ossia "come rescissione della dichiarazione legislativa, mentre una descrizione positiva ci rivelerebbe, che essa si esercita sulle necessità sociali, o su qualsiasi ideale politico, il quale ottenga il consenso o la approvazione dell'interprete creatore"[51].

La giurisprudenza ha la "capacità di inventare nuovi e diversi rapporti di composizione tra la singolarità e il comune. Quella della giurisprudenza è un'operazione disgiuntiva (la sua caratteristica è quella di stabilire rapporti innovativi sulla base dell'autonomia dei soggetti e del loro agire pratico) che smonta la logica congiuntiva della legge (il trascendentale al quale vanno in anticipo riferite e ricondotte le azioni)"[52].

Non si deve confondere la creazione del diritto come un caso di rinvio in bianco alla valutazione del giudice, "né con il caso (…) in cui un'attività dell'autorità giurisdizionale risulti ingiustificata, od irrilevante, dal punto di vista giuridico", difatti "è opportuno tener distinta una applicazione del diritto, consistente in una pura operazione mentale, intesa a far rientrare nella categoria dei comportamenti o fatti considerati dal diritto, un particolare comportamento o fatto (operazione mentale, che si rileva essere la cosiddetta sussunzione[53], e consistente nel sillogismo….), da un'altra applicazione, consistente in un comportamento conforme al diritto, ed indipendente dal sillogismo (…). E' chiaro, infine, che il giudice ha l'obbligo di applicare il diritto nell'ultimo senso e che a tal fine gli occorre applicarlo nel primo"[54]. Ecco che "Il compito della giurisprudenza non consisterebbe nell'indagine della volontà del legislatore (infatti l'interprete ricorre alla costruzione). Il giudice potrebbe nella ricerca del diritto eccedere il contenuto della norma"[55] (il che è avvenuto a fronte di situazioni non previste, nella loro problematicità e gravità, dalle norme penali, si pensi al reato di "disastro ambientale" cosiccome inizialmente configuratosi ad opera di

[49] A. PIZZORNO, op.cit.

[50] R. C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giuristi stranieri di oggi*, Milano,1991, pag.126, il quale nota nelle p. 131-132 come "la codificazione è stata storicamente un'arma contro la magistratura, ovvero quella casta della *noblesse de robe* che possedeva le proprie cariche e si appellava a nebulosi principi generali che non erano messi per iscritto da nessun parte. E ' servita anche contro i dottori in diritto che sbandieravano dotte citazioni da libri vecchi di un migliaio d'anni, o da altri dottori che seppellivano la giustizia sotto pesanti tomi, pieni di contraddizioni e buoni solo a far perdere la testa all'uomo comune. Le lamentele nei confronti del diritto romano che vi sono state nell'illuminato Settecento sono un'eloquente testimonianza di questa critica"

[51] R. SACCO, op.cit., p. 126.

[52] S. CHIGNOLA, *Nella illustrazione della posizione di Deleuze sul diritto*, in Postfazione al volume di L. DE SUTTER, op. cit., pag.103.

[53] "Il sottoporre una fattispecie ad un criterio di decisione significa in ogni caso compiere una 'sussunzione' ", il che viene ricondotto alla scuola di (per tutti) ROCCO ALFREDO, *"Dottrina tuttora dominante" nel periodo di pubblicazione del volume di R. SACCO*, cioè nel 1947: cfr. R. SACCO, op.cit., p. 139.

[54] R. SACCO, op. cit., p. 127 -129. Ciò non significa abbandonare l'interprete alla sua coscienza, dovendo (p. 134) "identificarsi col solo interprete giudice, ovvero con la figura, difficilmente accettabile, di un immaginario interprete tipico, emanazione di una psiche collettiva, che anima l'intiera società. Solo in questo senso possono rendersi accettabili le affermazioni dello Gény".

[55] R. SACCO, op. cit., p. 135.

coraggiosi magistrati di fronte , appunto, a casistiche che altrimenti sarebbero state sprovviste di una congrua sanzione e deterrenza).

Si può, però, qui limitarci ad osservare che i metodi di 'ricerca del diritto' sono "informati (…) ai recenti sviluppi delle scienze sociali (…) ritenuti più adeguati a soddisfare le esigenze di prevedibilità e controllabilità delle decisioni giudiziali, oltre che meglio idonei a garantire la (doverosa) sintonia tra l'applicazione del diritto e la continua evoluzione della realtà sociale (critica del metodo giuridico tradizionale)"[56].

Per cui anche volendosi "limitare" l'opera del giudice (volendo cioè trattenere nel suo ruolo una funzione p.c.d. "conservativa" del potere, financo politico) basterebbe riconoscere che l'esigenza (concreta) vulnerata dalla (si ripete) "svista" del legislatore ben può essere soddisfatta tramite le decisioni giudiziali (e fuori dal legalismo formale) le quali decisioni debbono garantire il, p.c.d. "buon andamento" della realtà sociale secondo la (attesa, se non auspicata) prevedibilità (voluta dal legislatore)[57].

Insomma, anche volendo~~si~~ concedere la risalente visione dell'ordinamento giuridico statale e della sua efficacia regolatrice, deve essere - comunque - garantita la "pace sociale" (come voleva Hobbes).

- Come conseguenza di quanto dianzi osservato[58]:

"L'interpretazione del diritto, a partire dalla valutazione del bilanciamento di interessi in un rapporto, si risolve nella realizzazione di valori, comunemente sentiti nel caso concreto, a patto che la giurisprudenza sia orientata dai principi oltre che dalle formule della legge. I giudizi dovranno essere formulati in modo da soddisfare due requisiti: il decidere senza contraddirsi e l'accettabilità razionale delle decisioni; la validità di una norma non basta a garantire la giustizia nel caso concreto in quanto il giudizio è frutto di interpretazione, dal momento che nessuna regola può disciplinare la propria applicazione (…). La giustizia del caso concreto è anche il risultato della logica evoluzione della giuridicità che presuppone una 'apertura di senso' alla vita sociale in modo da recepire le esigenze relazionali che sorgono nel divenire storico di una collettività"[59];

- Infine, per quanto qui ci interessa, il punto vero è che "Il problema oggi

[56] P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, p. 177.

[57] Notava già H.U. KANTOROWICZ nel libro *La lotta per la scienza del diritto* del 1906 "che, in presenza di una lacuna del diritto statale, il giudice non si trovi affatto costretto a decidere in modo arbitrario. Al contrario, costui (potrà e) dovrà anzitutto decidere secondo la regola che il legislatore avrebbe prodotto, se avesse posto mente al caso non previsto; e, in difetto di una tale regola dovrà colmare la lacuna ricorrendo al diritto libero" così P. CHIASSONI, op. cit., p. 180 il quale nella nota 20 della pagina successiva precisa che per Kantorowicz (p. 80 del libro cit.) "il diritto-libero è il diritto spontaneo che vive nella coscienza giuridica dei consociati, ciò che essi percepiscono come 'Diritto' nel loro quotidiano operare".

[58] Si vedano, soprattutto, le note allo scritto *de quo*.

[59] Così I. RADOCCIA, op.cit., p. 156 il quale prosegue (p. 157- 158): "Il diritto è per questo un fenomeno ineliminabile nell'esperienza umana, tuttavia la legge non può essere formulata in modo conclusivo e univoco, , e i concetti normativi, pur nella loro struttura logica, devono necessariamente aprirsi ai contenuti di relazione (…). In sostanza, la norma giuridica, pur restando fermo il testo letterale, deve essere vivente e storica nella sua applicazione mediante l'atto creativo di chi rende effettivo il diritto. L'ermeneutica giuridica deve superare lo schema del procedimento sillogistico di sussunzione di un fatto con riferimento a una norma, metodo che muove da una concezione formale del diritto che lo vuole conchiuso in un insieme di leggi statiche le quali determinano l'agire umano sul presupposto dell'ipotetica volontà di un legislatore senza tempo e senza personalità. L'interprete invece non può trascurare il rapporto concreto tra le persone, calato nella storia e non indifferente a quei valori largamente condivisi dalla coscienza collettiva".

non è tanto quello di punire l'individuo (..) quanto quello di impedire il verificarsi di determinati eventi. Il fatto illecito non trasgredisce tanto ad una norma, ma viola l'ordine dei rapporti e tradisce le legittime aspettative di ciascuno, poiché non è la norma che crea il rapporto giuridico, ma è la relazione che crea la norma"[60].

In buona sostanza "La pena potrebbe aspirare unicamente a rieducare alla pura osservanza del precetto come tale, alla 'fedeltà' all'ordinamento"[61].

E la fedeltà all'ordinamento forse non comporta che si interpreti il diritto, da parte del giudice (laddove il legislatore sia un "fannullone", a tacer d'altro[62]), anche ove si ritenga essere necessario (come qui pare) per le anzidette "superiori" considerazioni, colmando questo "vuoto" irragionevole?

"Non è forse giunto il momento di rivedere *funditus* il problema e l'assetto di quelle che i giuristi chiamano le fonti del diritto"? "Non è forse giunto il momento di liberarsi del decrepito schema della gerarchia delle fonti oggi che l'assetto delle fonti smentisce, nel fervore dell'esperienza, quello schema e ne vive un altro?"[63].

- Ecco, con la crisi della dogmatica tradizionale, il recupero dell'esperienza come "una dimensione della vita sociale"[64] e della ragionevolezza[65] di cui si è detto[66] che come canone adatta l'ordinamento "all'evoluzione del sistema, può correggere le disfunzioni e elevare il grado di certezza del diritto, che, a questo punto, si collega con il grado di certezza dei diritti"[67], fuori dalla democrazia intesa come una "metodologia che amministra il consenso politico"[68].

Tutti i giuristi hanno una "responsabilità sociale", "tutti debbono cooperare perché le leggi siano meno oscure, meno volatili, meno fragili; perché l'interpretazione sia più solida, meno avventata, meno volatile anch'essa"[69].

Ma i predetti osannatori ritengono corretto e giusto, come visto, arrestarsi al dato formale[70]

---

[60] I. RADOCCIA, op. cit., pag.161. Sulla dimensione relazionale e comunicativa dell'interprete che "opera sulla base della precomprensione, che non scade nella soggettività, perché si colloca nell'ambito della comunità interpretativa" G. ALPA, op.cit., p. 62.

[61] G. FLORA, *Appunti di diritto penale*, Padova,2010, p. 13.

[62] Tra altro la rilevanza data all'intenzione del legislatore non spiega il senso delle norme, inoltre "non tutti i testi normativi vigenti sono opera di legislatori rispetto ai quali abbia senso esplorare l'intenzionalità" così A. GAMBARO, op.cit., p. VIII.

[63] P. GROSSI, *Mitologie*….,cit., p. 7-8. E, a p. 128: "Il giurista è un cercatore d'ordine, un tessitore d'ordine, perché il diritto è essenzialmente scienza ordinante; egli si sforza di individuare e segnare la ragnatela dell'ordine che soggiace, invisibile ma reale, al di sotto della incomposta rissa delle cose" .

[64] P. GROSSI, *Mitologie*…cit.,p. 52.

[65] "Il principio della ragionevolezza si applica nel caso concreto, dunque non è mera composizione di principi ma inquadramento di un fatto nel contesto di un insieme di dati normativi: gli elementi costitutivi del fatto entrano pienamente fra le premesse per la determinazione della soluzione contingentemente valida ed efficace. In questo modo non è possibile costruire un sistema normativo completo ma soltanto una serie di microsistemi" A. COSTANZO, op. cit., p. 72.

[66] Sia permesso, ancora una volta, rinviare al nostro "Quale ''ragionevolezza'' delle sanzioni penali? (il trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario)" cit.

[67] G. ALPA, op. cit., p. 54.

[68] E. SEVERINO, *In una lezione bocconiana titolata "Crisi della tradizione occidentale"*, cit. in I. IRTI-E. SEVERINO, op. cit., p. 13.

[69] *Ibidem*, p. 76 il quale conclude "E' difficile pensare di poter andare più in là. Mi sembra plausibile concordare con Jean Guy Huglo sul fatto che, essendo il diritto 'una sostanza vivente', 'come la vita, renderne conto in modo completo e perfetto è al tempo stesso necessario e impossibile".

[70] "Nell'ambito di chi usa la mente per mestiere" si usa fare due distinzioni "da una parte c'è chi fa le cose, dall'altra chi le racconta", ovvero tra "facitore" e "narratore". Il primo è "chi rischia, apre nuove strade, inventa nuove soluzioni, smonta e rimonta concezioni", i secondi "Non sanno fare cose per proprio conto, ma si occupano delle cose che fanno gli altri: le ordinano, le teorizzano, le

cosiccome combinato tra letteralità[71] del testo e nel *puzzle* dei vari testi disposti sulla tavola temporale, il cui "buco" normativo viene riletto fermandosi alla apparente ovvietà dell'art. 2 c.p..

Ma, così facendo si impedisce la valutazione su "quel" comportamento, ossia se quel comportamento debba essere giudicato come fatto illecito[72].

Eppoi non stiamo, nel caso in esame, considerando una norma che non doveva esserci o che doveva mancare, bensì proprio il contrario! Anzi si tratta di una norma che non può mancare proprio perché risponde alle esigenze (se non di compatibilità) dell'ordinamento giuridico (anche nel suo profilo valoriale) e, quel che più conta, della comunità.

Insomma, nella interpretazione dei – ci si consenta - "fondamentalisti formali", si rende superfluo il giudizio di valore, cosìccome avviene per le scienze naturali (in modalità di causa-effetto[73]), instaurandosi un parallelismo colla scienza giuridica[74] o del diritto (che però, si badi, è una scienza umana[75]): ecco quale è (a no-

raccontano (per lo più in ordine storico), le spiegano, le commentano".
Invero occorre ricordare anche "gli stupidi che ci circondano" che "riescono a inibire, a inceppare e perfino a demolire l'attività di conoscenza, rendono inutili gli sforzi che facciamo per andare a fondo in una questione, riescono a farci disimparare qualcosa che credevamo di conoscere". Gli stupidi producono disastri "perché la loro natura si appoggia alla furbizia, che è la convinzione che gli altri siano ancora più stupidi".
Ma anche "l'intelligenza estremizzata produce gli stessi danni della stupidità".
Così R. SIMONE, *La mente al punto. Dialogo sul tempo e il pensiero*, Roma-Bari, 2002, p. 34-35, p. 38, p. 131.

[71] Come è stato notato, seppure in modo non giuridico e provocatoriamente, "il principio di letteralità esige di leggere le sue proposizioni mantenendo fino alla fine la certezza che esse siano completamente vere" così L. DE SUTTER, op.cit., pag.13.

[72] Al di là del fatto che (però qui assume un altro profilo) "il sistema giuridico contiene il divieto di *non liquet*, la norma mancante deve essere prodotta dal giudice – sia pure in via incidentale, e con validità *inter partes* – nel giudizio in cui la mancanza sia stata accertata, poiché altrimenti costui si renderebbe colpevole di diniego di giustizia". P. CHIASSONI, op. cit., p. 208.
Anzi, "Nel diritto penale (..) c'è il dovere di decidere" L. FERRAJOLI, op. cit., 2008, p. 85 il quale oltre (p. 914) precisa (però con alcuni distinguo) che il dogma dell'obbligo del giudice di applicare le leggi "consiste nell'affermazione che da Bentham a Kelsen forma un postulato teorico del giuspositivismo, dell'esistenza di un obbligo giuridico del giudice di applicare le leggi vigenti".

[73] L. LANTELLA – R. CATERINA, *Se allora X allora Y. I: l'universo della regola*, Torino, 2009, pag.157.

[74] La costruzione della scienza giuridica avviene, nel diritto romano, a partire da Quinto Mucio Scevola (figlio di Publio, nato intorno al 140) a Servio e Cicerone. Fu Quinto Mucio a rivoluzionare epistemicamente il pensiero romano, facendo "del diritto un'autentica metafisica, per quanto di tipo assai particolare, esclusivamente rivolta a trasformare schemi astratti di relazioni sociali in figure dell'essere, dove l'esperienza concreta della vita si riduceva antro un numero definito di modelli archetipici: una vera e proprio ontologia, che si poneva come il motore di ogni sviluppo del *ius.* (…) La grande invenzione del pensiero romano cominciava a rivelarsi nell'aver saputo associare in un unico circuito la ricerca di un ordine giuridico rigoroso alla scoperta di una metafisica che lo giustificasse da un punto di vista non etico, ma ontologico. D'ora in avanti, la regola giuridica non sarebbe apparsa altrimenti che come un atto di conoscenza e non di volontà; un adeguamento del pensiero all'essere, il risultato di un'operazione conoscitiva razionalmente controllabile in ogni sua fase, del tutto sottratta all'arbitrio, alla sopraffazione, al dominio (…). Da allora in poi la via che conduceva al diritto sarebbe passata per la scienza giuridica" A. SCHIAVONE, op. cit., p. 176-177.

[75] E la tradizione dell'umanesimo europeo deve "invitare gli altri al significato" che è "la descrizione più profonda di quello che significa essere professore di scienze umane", così R. RIEMEN, nel prologo "La cultura come invito" a G. STEINER , *Una certa idea di europa*, Milano,2006, pag.19, precisando oltre (p. 23) "La cultura non è altro che un invito: l'invito a coltivare la nobiltà dello spirito. La cultura parla a bassa voce (…). La saggezza che ci offre non viene rivelata dalle parole, ma dalle azioni. Per essere davvero 'colti' non bastano l'erudizione e l'eloquenza. Sono molto utili la cortesia e il rispetto. La cultura, come l'amore, non ha il potere di costringere. Non offre garanzie".

stro sommesso avviso) il principale pericolo di questo metodo e di questo formalismo![76].

Il diritto non è, infatti, "solo logica e forma, ma contenuto dell'esperienza e pratica da cui va fatto emergere; il diritto è scienza, sì, ma scienza umana e sociale. Contro l'approccio formalistico occorre far valere l'idea di diritto come interno alle pratiche sociali, volto al raggiungimento di scopi sostanziali. Il diritto categorizza e deduce a partire non solo dalla logica ma in specie da idee, concetti ''materiali'' e non riducibili al formalismo, perché devono mantenere una corrispondenza con le condizioni, i bisogni, le realtà morali e politiche. La logica giuridica deve rimanere legata alla ragion pratica e all'azione"[77].

Si potrebbe anche dire, in termini di teoria generale del diritto, che "il problema vien dato dal rapporto che si instaura tra il potere come *conditio sine qua non* del diritto e il senso del dovere come *conditio per quam* dell'ordinamento".

---

[76] Si veda F. GENTILE, *Note di gennaio: l'unicità del sovrano*, in F.GENTILE, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà*, Padova, 2005, p. 231 il quale, riferendosi a H. Kelsen stronca questa prospettiva che si svolge "all'insegna del formalismo giuridico e di quel peculiare ' giudizio ipotetico', per il quale, come si legge nella *General Theory* ''collegando fra loro due fatti, quali condizione e conseguenza'', non è importante stabilire che cosa è stato ordinato, ma chi ha emanato quell'ordine".
Anche N.IRTI ne *Il salvagente*…, cit., p. 54, nota come il Kelsen abbia concepito "Il diritto come apparato di produzione, forma elaboratrice di qualsiasi materia, che nulla esclude e tutto è in grado di ricevere. La parentela sematica fra 'norma' e 'normalità' esprime che la vita è normale, regolare nel suo corso quotidiano, se è retta e governata da una norma, che la 'squadra' e se ne fa misura. Il decisionismo schmittiano risponde all'eccezione, ma non istituisce la normalità".
Sempre N. IRTI, in N.IRTI-E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari,2001, p. 7-8 nota che il Kelsen (ma pure Schmitt) "finiscono per risolvere la validità del diritto nella stessa volontà della posizione", più esattamente il Kelsen "edificando una gerarchia produttiva di norme, mossa di grado in grado dalla volontà degli uomini. In qualche modo, Kelsen strappa la decisione all'arbitrario occasionalismo e lo immette nelle procedure generatici di norme (…). Declinati i fondamenti, il diritto positivo si è ripiegato per intero nelle procedure, che, come vuoti recipienti, sono capaci di accogliere qualsiasi contenuto. La validità non discende più da un contenuto, che sorregga e giustifichi la norma, ma dall'osservanza delle procedure proprie di ciascun ordinamento. Le procedure, come che funzionino, sono , a loro volta, poste: risultato di volontà , e non scoperta e applicazione di verità".
Si veda altresì B. ROMANO, *Due studi* …cit., p. 90-91, ove "Secondo le linee proprie della direzione di Husserl, il diritto diviene in Kelsen la produzione di un insieme di norme, usate per organizzare il continuarsi funzionale della società disincarnata, non abitata da persone, ma popolata da entità prodotte dalla riduzione fenomenologica. Il termine diritto viene pertanto riferito esclusivamente al diritto posto, ovvero al diritto positivo, trattato secondo gli schemi di una 'dottrina del diritto' che non si apre più alle domande sulla genesi antropologica del diritto. Gli strumenti di una teorica tecnico-formale, presentata come scienza=teoria generale del diritto, rendono possibile la giuridificazione di qualsiasi organizzazione sociale, trattata dalle norme, operative come forme fissate e però capaci di assumere qualunque contenuto, con integrale indifferenza quanto alla costrizione dell'uomo in meccanismi che lo consumano come entità 'pura', anima senza corpo, senza ambientazione nel mondo 'impuro', il solo mondo 'abitato' dall'uomo. La norma come forma costituisce un momento di fissità lungo lo scorrere del movimento dei fatti degli uomini; così si risponde-di si è imputabili-davanti-a, soltanto con riferimento a tale momento di fissità, già qualificato, nell'architettura del nichilismo giuridico, da Nietzsche e da Pirandello come menzogna rispetto al fluire della vita".
Ancora questo Autore (p. 93-94) illustra come "Il concatenarsi infinito degli anelli di norme si mostra privo di una descrivibilità e di una argomentazione sufficientemente presentabili; postula pertanto il darsi della cosiddetta 'norma fondamentale' (*Grundnorm*), descritta da Kelsen.E' una sorta di 'motore immobile' di ogni movimento normativo, perché è una norma che non esige alcun ulteriore fondamento. In quanto tale, non ha dei contenuti specifici, costituisce anzi un modello vuoto, che, essendo il prodotto del Fatto vincente, conferisce qualificazione giuridica ad ogni direzione di un qualsiasi processo normativo, che presuppone e produce altre norme. La norma fondamentale è il nucleo del fondamentalismo formale. Qui si radica il potere extragiuridico di conferire legittimità alla produzione e alla applicazione di norme aventi qualsiasi contenuto, destinabile a servire, ricordando Agostino, lo Stato o le bande dei briganti"

[77] V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, 2012, p. 11.

Come ben insegnava F. GENTILE:

"''L'ufficio del diritto o del giurista – (..) come nota suggestivamente Michel Villey risalendo alle origini romane del diritto attraverso l'esperienza filosofica delle *quaestiones* tomistiche – deve essere concepito essenzialmente come un lavoro di conoscenza: conoscenza del giusto nelle cose. La giusta proporzione dei benefici e dei carichi in un gruppo sociale (mediante cui si determina la parte che spetta a ciascun litigante) è cosa che è, che il giurista per la sua funzione specifica dovrà accertare e dire all'indicativo'. Un'affermazione che oggi diremmo controcorrente ma in cui riecheggia il monito ciceroniano di non pensare il diritto come ''costituito sulla base dei decreti del popolo, degli editti dei principi, delle sentenze dei giudici, poiché se così fosse potrebbe essere un diritto rubare, commettere adulterio, falsificare testamenti, ove tali azioni venissero approvate dal voto e dal decreto della folla'' (*De leg*. I,15-16), bensì ''derivato dalla natura delle cose'', stimolo ad agire onestamente e a tenersi lontano dal mal fare (*De leg*. II, 8-10). Ci si trova così di fronte al nodo problematico radicale dell'esperienza giuridica, posto dal rapporto tra intelligenza e volontà, tra concetto e precetto, tra indicativo e imperativo, tutti necessari e tra di loro connessi in termini di reciprocità (…). Per l'ordinamento delle relazioni tra i membri di una comunità l'imperativo non può crescere se non nel terreno nutrito dall'indicativo. Per ristabilire la relazione tra i litiganti l'imperativo non può che uscire da un indicativo. Ma come? Non per deduzione logica né per induzione ideologica. Il genio dei giuristi romani ha rivelato all'umanità la via dialettica della *Iuris prudentia*, quale autentica fonte da cui il diritto *fluere coepit* (…). L'argomentare del giurista romano non è mai caratterizzato da una procedura astrattamente deduttiva ma sempre da una procedura dialettica a partire dall'esperienza dei casi concreti"[78].

Ora, come ripetutamente ricordato, i medesimi fatti dianzi indicati (con rapporto di continenza tra vecchia e nuova norma), tramite *novatio legis*, per quanto riguarda la loro vigenza (transitorietà), sono stati trattati diversamente.

E il giudizio di disvalore alla base dell'illecito persiste in entrambi i fatti-comportamenti della fattispecie incriminatrice.

In altri termini non è mutata (né da parte del legislatore, né da parte di altri) la valutazione comparativa tra la tutela sottesa all'art. 258 del D.Lgs. n. 152/2006 ss.ii.mm. e la pericolosità della condotta.

Ancora, ripetendo quanto già da noi ricordato nel nostro precedente scritto[79]:

"In via generale, va osservato come una lettura per così dire "agnostica" delle pene, come semplice previsione letterale, ovvero come semplice <reazione>[80] non possa considerarsi corretta,

---

[78] F. GENTILE, *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, pagg.64-66 (vedasi anche p. 100-103).

[79] "Quale ''ragionevolezza'' delle sanzioni penali? (il trasporto di rifiuti pericolosi senza formulario), cit.

[80] G.BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, 1980, p. 107 ss. parla di pena <intesa come reazione dell'ordine giuridico sconvolto o violato dall'azione del delinquente. Sotto questo profilo la pena è reazione> trattasi però di un <concetto troppo ampio perchè non ogni reazione ad un determinato illecito è una pena>. Invece, la pena <se tale vuole davvero essere e rimanere, è frutto di una riflessione. E' un atto di ragione che determina una "reazione" proporzionata all'entità o gravità del reato perpetrato>, è <espressione di ragione e quindi la manifestazione di un'esigenza assoluta, vale a di re di un imperativo categorico. La pena trova in sé stessa la sua ragion d'essere perché è uno dei valori morali cardinali di un mondo legato al riconoscimento della dignità, della autonomia, della libertà dell'uomo!>. <La ragione della pena è

giacchè <l'interprete deve guardare (con la sua coscienza) al contenuto>[81] e vedere <la validità rifacendosi alla valutazione dalla quale è nata la norma come giudizio>[82]. In effetti, <l'effettività va giudicata (..) commisurandola ad una coscienza normativa>[83] che attribuisce un significato giuridico al fatto, poiché <il significato giuridico non sta dentro il fatto, ma è ricevuto dal fatto>[84]. Insomma, è necessaria una sorta di <comprensione integrativa>[85], ovvero una interpretazione teleologica che avvenga <tenendo presente lo scopo delle singole norme che si identifica con il bene giuridico tutelato>[86]

Diversamente, e, paradossalmente, si lascerebbe spazio a (se non si incentiverebbero) una sorta di comportamento criminogeno da parte dello Stato[87] (e, parallelamente, per "svista" legislativa dei comportamenti non sanzionabili)!

Giova ripetere che l'antigiuridicità - in una concezione rigorosamente unitaria - si ha quando un fatto è in contrasto con le esigenze di una norma giuridica, perché lede quel particolare bene che la norma tutela[88].

Si deve quindi andare al <perché del comando>[89], fino a considerare la politica legislativa, ove la discrezionalità del legislatore ordinario è incensurabile (ed eccoci al rapporto tra i diversi poteri!), però (si badi) con l'unico limite della manifesta irragionevolezza[9091].

---

quindi filosoficamente poggiata e legata all'idea della giustizia che è virtù morale cardinale cui deve ispirarsi non solo l'azione dell'individuo, ma anche e soprattutto l'azione dello Stato nel momento della legislazione e in quello della giurisdizione , cioè dell'applicazione concreta della legge al caso singolo (…) si punisce perché ciò è richiesto da un'esigenza di giustizia; anche se, per il tramite di una pena giusta, determinate finalità possono venir raggiunte, come quelle tipiche della prevenzione generale dei reati o quelle del recupero sociale o morale del reo (prevenzione speciale). Ma ciò è questione di fatto, non ragione dell'istituto della pena>. Donde <l'idea retributiva> che <anche politicamente si presenta come l'unica idea che possa venire incontro a quelle esigenze di *democrazia personalistica* che la cultura politica porta innanzi e che nella nostra Costituzione hanno trovato ampio, preciso riconoscimento nell'articolo 2, ove si parla dei *diritti inviolabili* della persona umana come di ultimo criterio di scelta in caso di antinomie o di contrasti interpretativi>.

[81] S. RIONDATO, *Un diritto penale*…cit., p. 26. Oltre (p. 87) si segnala come le norme e le definizioni non sono assiomatiche, occorre rapportarle al mondo dei valori.

[82] S. RIONDATO, *Un diritto penale*…cit., p. 79.

[83] N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, pag.15.

[84] N.IRTI, op.cit., p. 27.

[85] S. RIONDATO, *Un diritto penale*…cit., p. 13. Dove (pag.82) la <legge non è rigida ma flessibile, come concretizzazione che è storicizzazione>.

[86] Così G.BETTIOL, Istituzioni di diritto e procedura penale, cit., p. 77 il quale precisava <Dice bene GREGORI quando afferma che in tal modo l'idea di bene giuridico "perde cristallinità logica, ma diviene categoria sostanziale che vivifica l'opera del legislatore e della scienza". Sotto tale aspetto si parla anche di una funzione metodologica del bene giuridico, in quanto dalla sua individuazione si elaborano poi i concetti penalistici. Ma si tratta pur sempre del bene tutelato dalla singola norma penale, perché solo questo può avere carattere costitutivo. I criteri teleologici categoriali non devono invece considerarsi determinanti o costitutivi ai fini dell'interpretazione: sono prevalentemente criteri di comodo o di orientamento che non possono sovrapporsi alla realtà se questa è diversa>.

[87] Si tratta di una provocazione. Non possiamo imputare allo Stato di volere tale comportamenti in base alla mancata "correzione" della normativa da cui abbiamo preso l'abbrivio in questo scritto. Ma se così fosse (se qualche manina avesse cospirato per fare in modo di lasciare questo "buco") come avviene talvolta, per interessi lobbistici o per consenso, nella attività legislativa di commissioni e parlamentare, altre considerazioni si imporrebbero. In proposito sia consentito rinviare al contributo (e nostro commento) di L. MICHELI, La norma ambientale: l'*iter* in Parlamento tra incertezze e ripensamenti, nel volume collettaneo (a cura di A. PIEROBON), Nuovo Manuale di diritto e gestione dell'ambiente, Santarcangelo di Romagna, 2012, p. 139-159.

[88] S.RIONDATO, *Un diritto penale*…cit., p. 108.

[89] Ibidem, p. 114.

[90] Ibidem, p. 118.

[91] Con ciò si viene rinviati, come ben osserva un fine costituzionalista, ad una diversa forma di razionalità che non si riduce alla legalità (essenzialmente, razionalità-rispetto-al-fine) ma alla costituzionalità (razionalità-rispetto-ai valori) da intendersi come ragionevolezza, non essendo più suffi-

cienti le logiche di tipo deduttivo (di cui al tradizionale modello giuspositivistico), perché occorre spingersi a verificare la conformità in senso ampio della legge alle disposizioni costituzionali (non fermarsi alla loro non incompatibilità), ovvero <ricercare il fondamento giustificativo della disciplina normativa, per controllarne la corrispondenza non già solo ad un esterno parametro (la disposizione costituzionale), ma ad una interna istanza di plausibilità o persuasività, ossia di ragionevolezza, che consenta l'attuazione dei suddetti valori>, così F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 9-19.

L'esimio A. evidenzia (p. 47) che <alla logica formale – epagogico-deduttiva – propria del giuspositivismo è stata contrapposta cotesta logica dei valori; alla ragione classica (intesa nel senso della ragione-intelletto scientifica) la sempre più pervasiva ragionevolezza>, oltre (p. 56) Egli ribadisce come la ragionevolezza sia <sempre e solo un metodo di interpretazione, e sia pure di quello che è stato definito come metodo problematico, ossia non apodittico, epagogico-deduttivo. E' un metodo fondato su quella che A.G. CONTE designa come logica pro eretica o della preferenza, cioè della tendenza alla conformità piena ai parametri costituzionali>.

Insomma (pagg.65-66), <i modi dell'argomentazione non sono quelli propri del metodo sillogistico tradizionale, ossia del diretto raffronto di compatibilità-incompatibilità tra parametro (norma costituzionale) e oggetto (norma legislativa) (…) ciò che induce a valutare *funditus* tutte le possibilità interpretative sia degli enunciati costituzionali sia di quelli legislativi (*duplex interpretatio)* secondo un'ermeneutica necessariamente problematica ispirata alla c.d. ragionevolezza come ragione attenuata, probabilistica. E l'interpretazione "problematica" ammette, per ciò stesso, una molteplicità di modi interpretativi e, quindi, applicativo-decisionali>.

Ancora, (p. 70) <Il procedimento argomentativo (la logica) si svolge secondo regole che non sono necessariamente quelle della logica classica – epagogico-deduttiva – bensì quelle della "ragione attenuata", "modulata", plurivalente, ossia della razionalità giustificativa della decisione, della logica del verosimile, del probabile, del ragionevole, propria di ogni discorso pratico, condizionata anche da scelte di carattere assiologico>.

L'A. argomenta come il parametro del controllo *de quo* sia totalmente esterno al diritto , ma non estraneo (p. 29), anzi (p. 32) è "interamente estero ad esso, in base a criteri di giustizia a priori rispetto ai contenuti dell'ordinamento giuridico (G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, 1988, p. 155).

Difatti (p. 46) la ragionevolezza è <logica dei valori (A. BALDASSARRE, *Fonti normative, legalità e legittimità: l'unità della ragionevolezza*, in *Queste istituzioni*, 1991, p. 64.

La <rivalutazione della razionalità pratica implicata nel discorso che valorizza la normatività del fattuale è comprensibile e condivisibile in una situazione centrifuga e esplosiva della galassia giuridica> anche se il rischio (di una mancata sintesi politica tra il pluralismo dei valori e degli interessi) è quello ideologico.

Purtuttavia, è la medialità del diritto, alla sua capacità di essere – al di sopra del progetto politico e dell'indirizzo normativo – espressione e *medium* del sociale (..) che comporta una riflessione sull'effettività in chiave antinormativa e, talvolta, si inserisce in un forte impegno antistatuale>[92].

Perché non si vuole considerare:

"il rapporto fra regole e applicazione" dove "l'applicazione viene a essere resa più semplice dal fatto che le regole siano state concepite e formulate in modo da essere fruibili (cioè accessibili, interpretabili e applicabili) assicurandone coerenza, semplicità e chiarezza (qualità formale)"; e pure "il rapporto fra regole e tempo" dove si deve "rimediare a quello che è stato definito uno 'sfasamento tra norma e fatto' (Pugliese), di raggiungere un equilibrio che nella realtà (e nella prospettiva temporale) mai trova sosta (O'Driscoll e Rizzo); e, ancora, il "rapporto fra regole ed errore" poiché "Nel percorso di for-

La ragionevolezza è ricondotta "al mondo dei valori, e quindi alla fondamentale istanza di giustizia" da LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80* ,1987, p. 109)>, ancora, (p. 51), <la ragionevolezza è intesa come "logica dei valori" (BALDASSARE) o come "autentica razionalità rispetto al valore" (D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, 2005, 370), ovvero, all'incontro, come logica discorsiva o argomentativa o procedurale, a partire o perfino indipendentemente o condizionatamente da "ragioni sostanziali" (HABERMAS, *Fatti e norme*, *passim*, 264 ss., specie 276 ss.; 285 ss.: sul ruolo e sulla legittimità della giurisprudenza costituzionale)>.

[92] A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009, p. 37-39.

mazione delle regole possono riscontrarsi difetti, dovuti all'imperfetta costruzione delle regole come prodotto di un'istruttoria normativa: e invero, 'il governo nel fatto è composto di persone che essendo tutte uomini sono tutte fallibili (Rosmini, Rossi) (..) l'istruttoria normativa non può che essere sub ottimale e, pertanto, si rende non di rado necessaria un'azione di regolarizzazione, integrazione, correzione, riforma, a seconda della tipologia di imperfezione che venga riscontrata. SI pensi, in proposito, al caso della dimenticanza di una categoria di destinatari all'interno della norma che definisce l'ambito di applicazione soggettivo di una certa regolazione"[93].

Sotto altro profilo che assume un interesse centrale nella tematica affrontata, ci si soffermi sulle distinzione fatte tra "regola-regolato, diritto e identità".

Si ritiene che la distinzione tra regola-regolato "si svolga nella chiusa, funzionale autoreferenzialità del sistema diritto, eseguendo il successo delle sue operazioni".

La distinzione "diritto-identità" viene colta "nei rapporti eteroreferenziali di apertura e connessione tra i diversi sistemi sociali e sostiene che il suo concretizzarsi consista nell'istituire, come aspettative normative, quelle situazioni relazionali che sono omogenee alla specifica differenziazione fenomenologica del sistema diritto, posta in essere dalla terzietà, nel suo operare come garanzia del superamento della fattualità che genera esclusione.

La prima interpretazione (..) si esaurisce nell'ordine del funzionamento fattuale del sistema diritto, non misurato dalla qualità della relazione uomo-altro uomo, in svolgimento nel medio del terzo-Altro; la seconda interpretazione muove invece dalla relazione uomo-altro uomo regolata dal terzo-Altro, assunta come misura di ogni relazionarsi dei parlanti che abbia rilievo giuridico.

La prima interpretazione è quindi indifferente al qualificarsi della relazione nel riconoscimento (il giuridico),che custodisce l'identità di ogni singolo parlante, oppure nell'esclusione (il non-giuridico), che frantuma l'unità del parlante nelle partizioni destinate al funzionamento di un relazionarsi misurato dalla principalità del rapporto uomo-merci, trattando l'identità come una tra le merci"[94].

Il succitato Autore, in un altro volume, segnala che il " "fare giustizia secondo le leggi" significa operare mediante la differenza nomologica, che riprende in ogni giudizio la distinzione tra giustizia del diritto e legalità delle leggi (…). La qualità della relazione tra gli uomini – esposta all'alternativa tra il rispetto e la violenza – costituisce così la misura per orientare l'applicazione delle leggi, che mai esegue un sapere posseduto ma chiede sempre l'opera d'arte dell'ermeneutica"[95].

E, ancora, sempre per il medesimo Autore:

"le leggi si danno in un senso già formato negli enunciati che le fissano; la giustizia consiste in un senso in formazione"[96] e siamo col terzo-legislatore nella "dottrina di un diritto che è puro perché è senza qualità che possano superare il fondamentalismo della forma – qui nominato

[93] M. DE BENEDETTO-M. MARTELLI-N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011, p. 198-199.

[94] B. ROMANO, *Globalizzazione del commercio e fenomenologia del diritto. Saggio su diritto e identità*, Torino, 2001, p. 80-81.

[95] B.ROMANO, *Due studi* …cit, p. 19 il quale rinvia al cfr. G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, p. 1293 ss.

[96] *Ibidem*, p. 20.

fondamentalismo formale[97] - dove la 'forma' è principio a se stessa, dunque mai misurata dalla selezione dei contenuti delle norme, usabili per poter giuridificare tutto, dall'opera di uno stato democratico, alle attività di associazioni criminali[98]. Il fondamentalismo formale rimuove il desiderio di giustizia; lo ritiene il residuo di una visione ingenuamente non scientifica del diritto"[99].

Sembra a noi pacifico che "Se 'un rapporto giuridico è un rapporto riconosciuto socialmente, il quale, per questo fatto, può attendere anche, in casi dati, una tutela giudiziale o amministrativa (EHRLICH)', si può rilevare che, la giuridicità del rapporto sta proprio in quell'attitudine a ricevere in casi dati una difesa giudiziale. Se egli afferma che il rapporto, che il giudice deve valutare non sempre assomiglia a quello, risolto dalla norma, o, peggio, che non sempre può mancare una differenza essenziale, si può rispondere che tra il concetto della fattispecie, e la fattispecie è inutile cercare rapporti di uguaglianza o similitudine, ma solo rapporti di categoria e rappresentazione singola, di genere e specie, di astratto e concreto"[100].

Torniamo quindi al "problema del diritto come valore", poiché "la negazione del diritto come valore ferisce tutto l'orizzonte assiologico e che la negazione di ogni altro valore si ripercuote con particolare forza sul diritto. Ma ciò che più conta a proposito del nostro problema è il fatto che quello del diritto rappresenta il terreno ideale per il recupero dei valori negati sul piano del potere e, insomma, per imporre con la forza quell'ordine sociale che il venir meno del 'senso' del valore nella coscienza finisce con il compromettere"[101].

Il solo avvento dello Stato costituzionale ha costretto "Il giuspositivismo a rivedere completamente la propria teoria. L'introduzione della Costituzione rigida e ancor più del controllo di legittimità costituzionale ha infatti prodotto processi di costituzionalizzazione (Guastini): principi costituzionali come dignità umana, libertà, solidarietà, cioè, hanno finito per pervadere l'intero diritto, il quale rischia di venire annullato se non vi si conforma. Il problema discusso tra giuspositivisti e neocostituzionalisti diviene allora proprio questo: i principi costituzionali non hanno forse introdotto una connessione, forse necessaria, ma comunque molto stretta, fra diritto e morale?"[102].

Vogliamo, di seguito, riportare le considerazioni (che condividiamo e che danno lo spessore teorico e non tecnico della problematica in esame) di un grande storico del diritto (ora giudice della Corte Costituzionale), Paolo GROSSI, il quale citando Tommaso d'Aquino, "un ordinamento della ragione rivolto al bene comune, proclamato da colui che ha il governo di una comunità" (*quaestio* 90 della '*Prima Secundae*'

[97] E. FAZZALARI, *Conoscenza e valori*, Torino, 2004, p. 115 ss. citato in nota 23 di pagina 91 da B. ROMANO, *Due studi*… cit.

[98] Cfr. AGOSTINO, *La città di Dio*, Roma, 1978, p. 257, citato in nota 24 di pagina 91 da B. ROMANO, *Due studi*…cit. la frase di AGOSTINO è "che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di ladri? Perché anche le bande dei briganti che cosa sono se non dei piccoli Stati? E' sempre un gruppo di individui che è retto dal comando di un capo, e vincolato da un patto sociale e il bottino si divide secondo la legge della convenzione".

[99] B. ROMANO, *Due studi*….cit., p. 91-92.

[100] R. SACCO, op.cit., p. 136-137. Senza arrivare con ciò a condividere la, invero confusa, tesi del CALOGERO per la quale "la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse (del sillogismo) la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse": sempre in R. SACCO, op.cit., p. 141-142.

[101] E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 2002, p. 269.

[102] M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Bologna, 2011, p. 232.

della '*Somma Teologica*' dedicata alla '*essentia legis*'), continua così argomentando:

"Un dato fa spicco in essa: la dimensione soggettiva cede il passo alla dimensione oggettiva; in altre parole, non è rilevante tanto il soggetto emanatore quanto il suo obbiettivo contenuto: che è doppiamente precisato; consiste in un ordinamento, ordinamento esclusivamente demandato alla ragione. *Ordinatio*[103] è la parola che sposta l'asse della definizione dal soggetto all'oggetto, perché insiste non sulla sua libertà ma sui limiti alla sua libertà; ordinare è infatti una attività vincolata, giacchè significa prendere atto di un ordine obbiettivo preesistente e non eludibile entro il quale inserire il contenuto della *lex*[104].

Ed è proprio per questo che lo strumento dell'ordinare è identificato nella ragione, cioè in un'attività psicologica prevalentemente conoscitiva : perché la conoscenza è il più grande atto di umiltà che un soggetto possa compiere nei confronti del cosmo e della società, perché la conoscenza è proiezione del soggetto al di fuori della propria individualità per scoprire nella realtà a lui esterna le verità in esse contenute, per scoprirvi l'ordine progettato e attuato dalla Divinità.

Veramente essenziale è la ragionevolezza della *lex*, cioè la determinata e rigidissima corrispondenza del suo contenuto a un modello che né il Principe né il popolo né il ceto dei giuristi creano ma sono chiamati semplicemente a scoprire nella ontologia del creato.

Qui la *lex*, che ha una dimensione conoscitiva sicuramente prevalente su quella volitiva, non può essere soltanto forma e comando; è innanzi tutto un certo contenuto sostanziale perché è innanzi tutto lettura del reale.

Riandando alle tante fantasiose etimologie che trovano àlito nella cultura medievale, verrebbe voglia di dire: *lex* più *a legendo* che *a ligando*[105]; ed è per ciò che indispensabile si propone la *ratio*, la ragione, perché è indispensabile la capacità di lettura e di misura del reale. Il che è proprio della ragione,tanto che si può affermare consistere la legge nella sola ragione.

A fronte di questo richiamo assillante alla ragionevolezza, al giurista italiano di oggi viene agevole una desolante considerazione: perché – nella nostra tradizione giuspubblicistica – si sia potuti arrivare a parlar di ''ragionevolezza della legge'', idea ritenuta intimamente dissacratoria per una mentalità tenacemente legalistica, si è

[103] "Il diritto è originariamente un atto ordinativo, non di comando, è *ordinatio*, che si esplica come capacità di interpretare la realtà secondo la propria forma, rispettando la pluralità dei modi di essere (differenziati) della realtà stessa" P. DONATI, *Presentazione al volume* (a cura di R. PRANDINI), G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione . L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, p. 15.

[104] Sempre P. GROSSI invita "ad insistere sul diritto come ordinamento. Non si tratta di un espediente linguistico sostituendo un termine all'altro e lasciando immutato il contenuto. Ordinamento significa l'atto di ordinare, del mettere in ordine; e ordine è nozione preziosa almeno in un suo aspetto: fa i conti con la realtà sottostante, la presuppone nella sua onticità se vuol raggiungere il fine di ordinarla e non di coartarla; di conseguenza, ne registra e ne rispetta tutta la complessità. Assumere il diritto come ordinamento ha, dunque, il significato di iniziare il tentativo di recupero della complessità, della complessa ricchezza dell'universo giuridico" così in "Mitologie…",cit. p. 59. Oltre "il diritto è, in primo luogo, ordinamento" p. 74.

[105] Per R. PRANDINI, op.cit., p. 223-224: "La decisione non nasce 'sul nulla', bensì da un ragionamento giuridico che trova radicamento nella realtà sociale in specifico nel 'pattern' della relazione. Si tratta quindi di una *Lex* più a *legendo* che a *ligando*, diritto che 'vive' attraverso l'interpretazione e che mostra la sua positività (non il suo essere 'positivo') nell'applicazione quotidiana delle norme,nella sua istituzionalizzazione sociale, nello sviluppo di consuetudini, nell'utilizzo di istituti suppletivi (..). Lo *ius inventum* esce così dalla latenza in cui lo aveva nascosto lo *ius positum*".

dovuto attendere le aperture recentissime della Corte Costituzionale[106]; ma siamo appena all'immediato ieri"[107].

Sotto altro profilo "La revisione costituzionale della legislazione politica ha sviluppato ampie tecniche di revisione capaci di neutralizzare le decisioni politiche partitiche, di tradurre le "politiche" orientate al risultato in principi legali universali, di accomodare le decisioni politiche nella dottrina giuridica secondo i criteri legali di coerenza, e nel peggiore dei casi, di dichiarare l'incostituzionalità delle leggi"[108].

Siamo nel (od eccoci al) "nichilismo giuridico" (tanto simile a quel notturno hegeliano in cui tutte le vacche sono bigie"[109]) che risolve tutto nella efficienza di funzionamento del diritto, nella regolarità dei meccanismi procedurali[110], dove rimane "la garanzia della forma" e "la validità della procedura" perché "nulla è più naturale,nulla giunge dalla tradizione, ma tutto è artificiale e costruito dalla volontà. Il *valere* del diritto è nel *volere*,che sia capace di attraversare i canali delle procedure (nomodotti) e di calarsi nelle forme della posizione giuridica. Queste forme e procedura sono l'effettiva posta nella lotta fra partiti politici e fra gruppi economici. Chi le conquista e manovra, è signore del diritto"[111].

Limitandoci per ora ad alcuni punti che riteniamo debbano costituire lo sfondo che non può non essere considerato da un qualsiasi giurista[112], basti qui evidenziare come:

"Nel nichilismo giuridico si manifesta la vittoria del positivismo giuridico assoluto, che separa problema del diritto e problema della giustizia, identifica la *loi* (*positive*) e *droit*, sostenendo che *niente* si può *contro* la legge, ma *tutto* si può con la legge, dal momento che questa può avere qualsiasi contenuto. Nel legislatore onnipotente si riflette deformata l'idea di Dio onnipotente: il legislatore è la suprema potenza che stabilisce il giusto e l'ingiusto, con una decisione che emerge dal nulla, un nulla normativo trasformato in essere in atto della volontà. Per tale ragione è inesistente ogni ordinamento reale preesistente alla decisione normativa, che questa dovrebbe rispettare, non instaurandolo ma restaurandolo. Con l'affermazione dell'identità tra diritto e legge positiva, il primo diventa legalità positiva, cui consegue l'esclusione di ogni diritto indipendente dalla statuizione umana"[113].

Occorre, quindi, evitare "l'attenzione esclusiva al funzionamento delle norme e dunque l'indifferenza radicale verso la verità = qualità delle relazioni giuridiche tra gli uomini (..). Si oscura la consapevolezza che le norme non producono e non interpretano norme; solo gli uomini istituiscono le norme e le interpretano, impegnandosi nell'opera d'arte dell'ermeneutica, che non riproduce un fatto, ma ne ricerca il senso, in un procedere rinviante: il senso non si chiude in un fatto, anzi lo rinvia oltre, perseguendo una luminosità che tolga il fatto dalla buia immediatezza del suo darsi come cosa tra altre cose e lo affidi all'atto, scelto

[106] "E finalmente, da tempo, la nostra Corte Costituzionale fa precisi e incisivi richiami alla ragionevolezza come limite dell'azione legislativa e al diritto vivente" P. GROSSI, Mitologie…,p. 77.
[107] P. GROSSI, *Mitologie*…cit., pagg.24-26.
[108] G. TEUBNER, op.cit., p. 132.
[109] A. GAMBARO, op.cit., p. XV.
[110] Cfr. B. ROMANO, *Sulla visione procedurale del diritto. Saggio sul fondamentalismo funzionale*, Torino, 2001.
[111] N. IRTI, *Il salvagente* …cit., p. 9.
[112] fermo restando le sacrosante diversità di opinioni, di vedute, di volizione, di interessi e così via, ma sempre avendo a cuore una doverosità etica nello approfondire e di confrontarsi, con rispetto e tolleranza, con le diverse opinioni.
[113] V. POSSENTI, *Nichilismo giuridico*…cit., p. 112.

e posto con responsabilità dal terzo legislatore"[114].

Insomma, come ben ha riassunto, in una frase lapidaria, N. IRTI "il formalismo è fraterno al nichilismo"[115]!

Ed eccoci alle nostre, prime (e sommesse), conclusioni:

- La "svista" legislativa (il "vuoto normativo"), dai quali abbiamo qui preso l'abbrivio, riguarda medesimi comportamenti (fatti), in un rapporto di continenza tra la vecchia e la nuova norma, valutabili come fatti concreti;
- La norma oggetto della svista, doveva (e deve) essere "mantenuta" nel sistema, ma è stata "dimenticata" (speriamo non volutamente) dal legislatore nel suo affannarsi per (detto grossolanamente, ma per capirci) intarsiare la normativa di settore succedentesi nel tempo, con rinvii all'operatività (tramite decreti ministeriali) del SISTRI, etc.;
- Una lettura meramente formalistica diventa, a nostro avviso, riduttiva (da "geometri del diritto" come si è detto) sia perché guarda alla sola *lex* (promanante dalla fonte parlamento-partitica, come potere politico in senso stretto[116]) e alla sola logica e forma, sia perché (a noi pare) tralascia quanto è avvenuto (i cambiamenti) nel diritto e fuori dal diritto, soprattutto in questi ultimi lustri (citasi, solo per limitarci ad alcuni di questi cambiamenti fondamentali: la pluralità delle fonti, la conformazione di nuovo Stato sociale, l'emersione di nuovi poteri, la polisemia dei modi di essere della realtà, la complessità della *societas*, etc.);
- Ecco, quindi, l'irrompere (e/o l'innovazione) di categorie, di criteri e di canoni, per così dire "rinfrescando" (se non imponendo cambi di rotta e di mappe a) il metodo e all'interpretazione giuridica[117] (grazie, ma solo in parte, anche alla lettura cosiddetta "costituzionalmente orientata" delle norme);
- L'ordinamento non è (come visto) riducibile (o, ci si perdoni il bisticcio, "ordinabile") solo ricorrendo ai consueti (e anche un po' logori, comunque da rivedere) canoni di legalità, della divisione dei poteri, della certezza del diritto, almeno per come appresi nei manuali accademici e/o per come semplificati nel WEB, cioè fuori dalla loro analisi storica e concettuologica;
- Occorre, a noi sommessamente pare, ricercare la giustizia e rileggere (colmare di senso) l'ordinamento (lo *ordinatio*) con la ragione, la quale non può limitarsi (e ridursi) alla sola *lex*: eccoci, per….. quanto ammissibile, al-

[114] B. ROMANO, *Due studi*….cit., p. 93.

[115] Di N. IRTI, si vedano, tra altri, per quanto qui rileva, i seguenti volumi: *Nichilismo e concetti giuridici*, Napoli, 2005; *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007; *Il salvagente*…cit..; *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2008. Ci riserviamo di approfondire la tematica del nichilismo giuridico in altri, nostri, modesti contributi che nascono da casi pratici.

[116] Tralasciamo, ovviamente (estremizzandoci nel caso in esame), la produzione normativa secondaria e quella tecnica e quella privata, etc.

[117] Una aria "fresca" che, paradossalmente, si respirava già nel diritto romano: in proposito sia consentito rinviare al nostro "Il 'buon ' uso del diritto romano anche nella materia ambientale?", pubblicato, in due parti, nella rivista *on line* "Gazzetta degli enti locali", rispettivamente il 31 marzo e il 7 aprile 2014 e al volume di A.LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli, 2012.

lo *ius inventum*, al di là del diritto positivo[118];

- Il diritto (in quanto scienza umana) deve esprimersi anche se ricorre al giudizio di valore. Il diritto, come osservato - non è infatti una scienza naturale basata solamente sul modello causa-effetto, su sillogismi e/o inferenze tecniche, agnostiche. Tutto ciò deve avvenire, massimamente, quando trattasi di limitazione della libertà personale e delle pene;
- I giudici hanno, indubbiamente, una responsabilità sociale che devono esercitare tramite la giurisprudenza, anche eliminando (ove possibile) le anzidette "lacune[119]", che obiettivamente (nel caso in esame) feriscono i valori e il senso (nonché quanto si attende il senso morale comune[120] prevedibilmente in un determinato – storicamente - assetto sanzionatorio) della comunità.

[118] Sia chiaro, da usarsi con prudenza e (appunto) secondo ragione, non quale grimaldello, cioè non sovvertendo il sistema, bensì adeguandolo alle novità e alla realtà sociale.

[119] "sia le antinomie che le lacune possono essere rimosse, nella maggior parte degli ordinamenti, soltanto su iniziativa di organi pubblici – giudiziari o legislativi – e non anche direttamente da cittadini titolari dei 'diritti di' e dei 'diritti a' da esser rispettivamente violati. Questi vizi e le conseguenti aporie possono essere però, se non del tutto eliminati, quanto meno ridotti con l'attivazione e l'ampliamento dei meccanismi di auto-correzione dell'ordinamento diretti ad assicurare effettività ai principi garantisti. Ma ciò richiede la critica spregiudicata delle leggi, non solo dall'esterno ma prima ancora dall'interno. Il precetto *'to obey punctually, to censure freely'* con cui Bentham definì l'atteggiamento giuspositivistico nei confronti della legge trascura la complessità strutturale dello stato di diritto e la potenziale illegittimità delle leggi in esso generata dai dislivelli normativi: e quindi non vale né per i giudici né per i giuristi, i quali non devono obbedire o raccomandare indistintamente l'obbedienza delle leggi, ma valutarne volta a volta, la possibile invalidità, censurandola sul piano giuridico ancor prima che su quello giuridico. E' infatti la critica del diritto, sulla base delle sue stesse fonti di legittimazione e di delegittimazione giuridica, il principale compito civile della giurisprudenza e della scienza giuridica. Ed è da essa che proviene quella permanente possibilità di auto-riforma dell'ordinamento sulla base dei suoi stessi principi, nella quale risiede la superiorità politica dello stato di diritto rispetto a qualunque altro regime giudico" così L. FERRAJOLI, op.cit., p. 920.

[120] "Solitamente, se non si producono condizioni di conflitto fra valori (principi) fra loro contrastanti, il diritto recepisce e tutela il senso morale comune o il comune buon senso in morale (…). La conflittualità fra i principi (e i retrostanti valori) deve dissolversi (con precisazioni legislative o tramite il lavoro giurisprudenziale e dottrinale) in un periodo adeguato rispetto alle esigenze dei destinatari delle norme", così A. COSTANZO, op. cit., p. 69-70.