

prof. MARIO JORI

Università di Milano

INTERPRETAZIONE E CREATIVITÀ: IL CASO DELLA SPECIALITÀ

SOMMARIO: 1. Interpretazione e creatività nello stato di diritto. – 2. L'art. 15 c.p. come meta-norma sull'interpretazione. – 3. La specialità in diversi tipi di linguaggio.

Uno dei compiti del filosofo del diritto è di studiare le premesse o i presupposti delle tesi giuridiche, per esaminarne la struttura e il fondamento e gli elementi concettuali di cui si servono. Non è un compito di cui lo stesso giurista positivo possa disinteressarsi: anche il giurista, perlomeno quello riflessivo, si dovrà ovviamente porre i problemi del fondamento delle proprie tesi e del senso o definizione dei propri concetti teorici, inclusi quelli fondamentali e ultimi; anche se è naturale che il giurista dedichi gran parte dei propri sforzi ad usare questi strumenti piuttosto che ad interrogarsi su di essi e ci sarà quindi di solito minore attenzione da dedicare ai problemi generali e di metodo piuttosto che agli specifici problemi giuridici. Queste pagine comunque sono basate sull'assunto che i problemi dei giuristi siano anche sempre in parte problemi filosofici nel senso che essi hanno tutti una componente filosofica. Se la parola non piace (come non piace a molti giuristi) diciamo che molte discussioni dei giuristi positivi hanno bisogno di una riflessione teorica molto generale. L'argomento di cui mi occuperò nel secondo paragrafo, quello della specialità penale, illustra bene questo punto di vista, per il rinvio di quasi tutte le tesi che sono state formulate in proposito ad argomenti di importo filosofico, o se preferiamo di teoria generale, e in particolare a tesi di interpretazione e di semiotica.

1. Interpretazione e creatività nello stato di diritto

Di seguito mi occuperò di alcuni aspetti della questione della creatività nella interpretazione giudiziaria (in questo paragrafo) coniugato con una disamina del problema della specialità penale¹ visto come problema di interpreta-

¹ Questo scritto è stato pensato originariamente come relazione all'incontro *Il diritto giuri-*

zione e creatività (nel secondo paragrafo), per tornare poi (terzo paragrafo) sui problemi generali della interpretazione in alta e bassa dogmatica alla luce della semiotica e della teoria linguistica. Beninteso il tema della creatività è classico e molto trattato; non per questo meno controverso. Non pretendo qui di darne una soluzione e tanto meno una soluzione originale, ma spero di poter suggerire un approccio da un angolo utile. L'angolo particolare è una critica al "puntualismo" implicito in molte teorie della interpretazione giuridica. Dovrei forse dire eccessivo puntualismo. Con questo intendo la tesi, per lo più tacita, che il significato debba essere ricavato tutto dalla contemplazione della singola istanza linguistica, nel puntuale momento di interpretazione. Questo atteggiamento ha beninteso la sua origine nel fatto linguistico inconfutabile che un segno per essere tale deve essere effettivamente comprensibile per quello che è, cioè nel momento della sua manifestazione empirica e in base alle sue caratteristiche apparenti nel momento della sua manifestazione. Tuttavia si sa anche che non si possono ignorare testo, contesto e capacità cognitive di chi lo produce e interpreta. In altre parole per la comprensione dei segni, in particolare quelli linguistici, mettiamo in campo tutte le nostre capacità e conoscenze. L'atteggiamento che ho chiamato puntualistico di fatto finisce con l'ignorare questi aspetti ovvi del fenomeno segnico e traspare anche talora nella teoria linguistica generale, per esempio in alcune teorie influenzate da Chomsky, ma anche in psicologia come sottofondo di certo comportamentismo e in genere delle teorie anti-cognitiviste. Un atteggiamento puntualistico, quello che ci interessa qui, traspare talora anche nelle teorie della interpretazione giuridica e il suo aspetto specifico consiste nell'omettere dal quadro i mezzi sostanziali e procedurali e organizzativi che il diritto mette in atto proprio per inquadrare l'applicazione e interpretazione del diritto. Quasi

sprudenziiale: legalità e creatività nell'interpretazione delle norme penali e processuali. L'apporto del giudice di merito tenutosi presso il Tribunale di Milano, in data 7 maggio 2007. Nella raccolta del materiale mi aveva aiutato Silvia Zorzetto, allora all'inizio del suo lavoro di dottorato sul tema appunto della specialità giuridica. Silvia Zorzetto ha conseguito il dottorato di ricerca con una tesi dal titolo *La norma speciale. Una nozione ingannevole*, Tesi di dottorato in Filosofia Analitica e Teoria Generale del diritto, XXII Ciclo (2006-2009), prima che rivedessi questo scritto per la pubblicazione. Questo lavoro è ora nella fase finale di preparazione per la pubblicazione. Mentre in queste mie poche pagine il tema della specialità (penale) è stato trattato superficialmente e a titolo di esempio, nel lavoro della Zorzetto il tema della specialità giuridica è stato esaminato a fondo, con una accurata disamina della letteratura giuridica. Le soluzioni proposte da Zorzetto (il cui lavoro di dottorato ho seguito) mi convincono; e qua e là in queste pagine accenno ad alcune sue tesi, che mi hanno influenzato ma purtroppo non ho lo spazio di spiegare e tanto meno di discutere.

il diritto non predisponesse un sistema imponente di mezzi per facilitare e assicurare interpretazione convergenti. Tra questi mezzi ci sono anche le meta-norme sulla interpretazione.

In queste pagine esaminerò il caso della specialità penalistica nel nostro codice penale trattato appunto come un esempio di metanorma sulla interpretazione, in quanto contiene ed esprime anche metanorme sulla interpretazione. A questo proposito la prima cosa notevole è che nel pensiero giuridico il problema della specialità non è solitamente esplicitamente collegato con alcuna tesi semiotica o semantica. Qualcosa peraltro traspare dalle metafore² presentate come teorie e come concetti che sono troppo spesso i punti di arrivo o fondanti delle costruzioni teoriche della teoria generale dei giuristi. Occorre comunque una attenzione più adeguata alla presenza strutturale e fisiologica dell'errore in ogni attività linguistica. Anche la interpretazione giuridica ha a che fare con l'errore in modo strutturale. Anche in teoria della interpretazione bisogna dunque dare la debita importanza alla presenza delle strutture linguistiche e organizzative per trattare dell'errore nel diritto, senza esorcizzarne la presenza, come fanno invece molte forme di scetticismo interpretativo.

Sarà opportuno comunque dire qualcosa per inquadrare il problema della interpretazione e della creatività in generale.

Come dunque avviene *la* interpretazione e *una* interpretazione? che cosa si interpreta? in quali sensi si parla di interpretazione *creativa*? Paul Valery, in un brano sulla memoria assai poetico³, descrive un pensiero a metà marmo e metà fumo. Usava ovviamente un linguaggio altamente poetico e metaforico per descrivere una esperienza intima e sfuggevole. Sembra talora che i giuristi teorizzino della interpretazione giuridica in termini altrettanto poetici o perlomeno altrettanto metaforici, ma possiamo dubitare che essi siano adatti alle

² Alcune penetranti osservazioni sull'abuso delle metafore nella teoria giuridica si trovano in S. CIVITARESE, *Della metafora energetica della funzione amministrativa (e di altre metafore) ovvero dell'irresistibile anelito alla neutralizzazione dell'autorità*, manoscritto in via di pubblicazione. A mio avviso smascherare le metafore che non sono trattate per quello che sono ma come concetti descrittivi e spiegazioni e descrizioni non metaforiche è estremamente necessario per far progredire la teoria generale dei giuristi. Solo in questo modo essa si può valutare criticamente le opinioni dell'autorità giurisprudenziale (di cui bisogna peraltro tenere il giusto conto) e dei concetti tratteggiati non definiti e delle tesi non confrontabili l'una all'altra e alla realtà del diritto.

³ *L'indifférence dorée touche à l'immobilité magique et sa libre lucidité tend vers l'enchantement, sur la fin de l'après-midi. A demi marbre, à demi fumée... Souvenirs sans bords, sans balustrade, sans véritables souvenirs même - la forme seule de la mémoire, l'aspiration d'une perspective* (P. VALERY, "Cahiers", a cura del CNRS, 1957-61, 29 volumi: C. IV, 69).

esigenze di certezza, pubblicità e soluzione di conflitti vitali a cui è destinato il linguaggio giuridico.

Sappiamo abbastanza bene cosa sia interpretare, cioè comprendere, un pezzo di linguaggio comune: anche se non conosciamo i dettagli del meccanismo semiotico e mentale attraverso cui facciamo quello che facciamo, tuttavia siamo in grado di distinguere quando comprendiamo e quando non comprendiamo e su questo c'è un accordo sufficiente a permettere la comunicazione. Quindi sappiamo abbastanza bene cosa vogliamo dire quanto parliamo di 'creare' 'costruire' e 'inventare' a proposito di attività comuni, per esempio di uno scultore, di un cuoco di un falegname; ma le espressioni diventano altamente metaforiche quanto parliamo di creare cose impalpabili come il significato giuridico o parti di un diritto. La creazione in questi casi diventa metaforica, come pure la nozione di esistenza che spesso di usa per spiegarla: creare qualcosa vuol dire far venire in esistenza qualcosa di inesistente, peccato che non sappiamo di cosa stiamo parlando. Tanto è vero che non è chiaro a che cosa si contrapponga (la interpretazione non creativa). Troppo spesso, come in questo caso, i giuristi riconducono il problema della interpretazione e del linguaggio giuridico a concetti e tesi che sono in realtà metafore non risolte. Non c'è niente di male nell'uso di una metafora, che può essere utile spiegare cose poco evidenti. Ma questo vale solo se ci rendiamo conto che abbiamo a che fare con una metafora, qualcosa che a sua volta deve essere spiegata "fuor di metafora". Una teoria generale della interpretazione non può basarsi su una metafora non ulteriormente spiegata e in particolare non può farlo una teoria della interpretazione giuridica, da cui dipendono tanti nostri beni primari. Non possiamo accontentarci, mi pare, di risposte poetiche. Cosa può intendere dunque un giurista che parli di interpretazione creativa, per esempio da parte della giurisprudenza?

Comunque l'idea di un giudice che pratica la interpretazione creativa desta allarme, anche se non sappiamo bene che cosa faccia. Forse che il nostro ordinamento costituzionale non vieta all'ordine giudiziario di compiere interpretazioni creative? Spesso queste vengono identificate con il giudice che fa politica. Con la comparsa di questa espressione l'allarme cresce, ma non la chiarezza quanto alla natura delle scelte operate. Questo tipo di attività non spetta forse agli organi costituzionali deputati a compiere scelte politiche, cioè ai Parlamenti, composti da rappresentanti eletti in base a programmi politici e quindi anche di politica del diritto e sottoposti al vaglio elettorale della successiva elezione politica? Quando si parla di politica si intende di solito la politica dei partiti politici, che consiste di soluzioni volte a massimizzare, nel caso miglio-

re, gli interessi e le concezioni del bene pubblico dei loro rappresentanti e contiene idee su quale dovrebbe essere il contenuto del diritto e per questo trova il suo sbocco giuridico nei parlamenti democratici, con la discussione la produzione, modifica e abrogazione di leggi. Politica dunque in questo senso è visto come il modo migliore di risolvere i problemi collettivi, di soddisfare gli interessi considerati legittimi (ignoro qui la fondamentale questione dei diritti costituzionali o inalienabili). Fare politica viene identificato con il cambiamento del diritto piuttosto che la sua applicazione. Ma anche il mantenimento del diritto esistente, la fedeltà alla Costituzione, è una opzione politica. Chi dice che i giudici fanno politica di solito lo intende come una accusa, vuol dire che in uno Stato di diritto e nel nostro ordinamento costituzionale i giudici non devono fare politica, o piuttosto naturalmente che non devono fare altra politica salvo che la applicazione del diritto esistente finché esistente. Poiché il compito del giudice è applicare ai casi singoli le norme generali vigenti e non di cambiarle sulla base di idee sue, appunto politiche, riguardanti come il diritto dovrebbe essere o addirittura di idee su come le singole situazioni dovrebbero essere decise anche al di fuori di regole generali.

Deve essere chiaro tuttavia che sotto ad ogni parola che ho usato per tracciare questa immagine semplificata dello Stato di diritto ci sono problemi e ambiguità e metafore non spiegate. Bisogna vedere cosa si intende con tutte queste parole. Potremmo andare a vedere per esempio come le intende Kelsen, di cui possiamo talora non condividere le soluzioni, ma che espone i problemi con folgorante lucidità. Ebbene per Kelsen la interpretazione creativa è ogni interpretazione che *crea* o produce una nuova norma individuale, per esempio quella del giudice che emette sentenza; ciò la distingue da una interpretazione/applicazione che potremmo chiamare ipotetica, che non produce effetto immediato sul diritto, come è quella di ciascuno di noi quando si interroga sul significato di una o più norme giuridiche. In questo senso i giudici che praticano l'interpretazione creativa starebbero facendo il loro mestiere, mentre i giudici che non la fanno sono giudici indolenti che non decidono casi. Tuttavia, sempre per Kelsen, l'interpretazione è creativa anche in un altro senso più problematico e distinto dal precedente. Creativa è l'interpretazione compiuta esercitando la discrezionalità residuale nell'interpretare, cioè scegliendo tra varie interpretazioni senza che ci siano ragioni giuridiche per scegliere una piuttosto che l'altra⁴; secondo Kelsen varianti sono sempre possibili

⁴ Tenendo presente che c'è anche una incertezza (e quindi discrezionalità) di secondo grado, cioè la incertezza su che cosa è incerto o meno. Insomma non sono solo incerti i confini ma

e ineliminabili per ciascuna norma giuridica, come la discrezionalità pertanto anche questa creatività è ineliminabile, ovviamente anche nelle interpretazioni ipotetiche non compiute nell'ambito di una attività di applicazione di una norma⁵. Qui dobbiamo ricordare che l'interpretazione giuridica non è un'attività puntuale, nel senso che si possa spiegare tutta quanta esaminando esclusivamente la situazione momentanea dell'interprete che percepisce la stringa linguistica. Se interpretazione creativa è dunque intesa come quella che fornisce una delle interpretazioni possibili di ciò che non è precisamente determinato nella norma, per esempio nella legge, ebbene anche qui l'ordine giudiziario starebbe facendo il suo lavoro. In altre parole non possiamo dimenticare il fatto ovvio che l'interpretazione avviene nel corso dei processi, perché il giudice non dispone oggi più della modalità decisoria del *non liquet* cioè dell'astensione dal decidere per incertezza della legge e neppure esiste più l'istituto del *référé législatif* (non si possono rispedire le norme incerte al legislatore salvo il caso *sui generis* del giudizio di costituzionalità). Il giudice moderno è invece costretto dalle regole del processo a decidere le questioni che gli vengono sottoposte, anche laddove non capisca come il legislatore abbia deciso. Si noti però che il fatto che le due creatività kelseniane si accompagnino e che ogni volta che si crea (produce) una nuova norma non si possa fare a meno di creare significato o di riempire gli interstizi di significato lasciati aperti dalla norma, non vuol dire che la produzione di ogni norma spieghi e renda inevitabile la creatività nel campo del significato. Essa esiste anche nella interpretazione/applicazione ipotetica e non è una conseguenza dell'esercizio dell'altra, ma una conseguenza della contingente natura del linguaggio giuridico e insieme del modo in cui è composto il diritto e organizzato il processo e la funzione giudiziaria. Da una parte il linguaggio giuridico non è algoritmico e quindi permette la presenza di elementi vari di incertezza e dall'altra il meccanismo normativo e organizzativo di revisione o impugnazione delle decisioni giudiziarie è fortemente limitato nel tempo e nelle operazioni, possiamo dire che è orientato in vari modi a produrre in tempi "brevi" una decisione definitiva

(come avviene quasi sempre in questi casi) anche è incerto quali confini siano incerti e fino a che punto.

⁵ Kelsen dunque non è un formalista interpretativo, dal momento che sostiene che un elemento di discrezionalità interpretativa è ineliminabile da ogni norma e non crede che per ogni norma (giuridica) ci possa essere una e una sola interpretazione corretta, tesi che viene costantemente rimproverata al positivismo giuridico. Essendo Kelsen il massimo esponente del positivismo giuridico, si dovrebbe forse sospettare che la identificazione tra positivismo giuridico e formalismo interpretativo sia sbagliata.

piuttosto che a perseguire indefinitamente la scelta corretta con qualunque mezzo. Con queste considerazioni sul linguaggio siamo già con Hart più che con Kelsen. Siccome però anche gli errori di un grande pensatore come Kelsen aiutano, il collegamento in qualche modo adombrato da Kelsen tra produzione della norma e creatività semantica è tuttavia fruttuoso perché attira l'attenzione sulla importanza del fatto, ovvio e mai abbastanza considerato, che la interpretazione di ogni disposizione giuridica è inquadrata da molte norme giuridiche e non solo dalle eventuali metanorme sulla interpretazione.

Tutto questo non vuol dire che nessuna interpretazione possa essere detta sbagliata. Che ci siano interpretazione corrette e sbagliate è prima di tutto una necessità semiotica generale. Ogni linguaggio anzi ogni segno è definito dai suoi confini di errore, nel senso che essere portatore di significato per un segno (linguistico o meno) implica la possibilità di essere inteso correttamente e quindi anche di essere inteso in modo errato, esempi tipici l'errore di grammatica e quello di dizionario in una lingua naturale. Se il linguaggio giuridico non ammettesse errori non avrebbe capacità discriminante, cioè non avrebbe senso. Se alla domanda sul senso di un elemento di linguaggio si può legittimamente rispondere "*quodlibet*" vuol dire che quell'elemento non serve come segno, cioè non ha senso. La posizione radicalmente scettica totale è notoriamente autodistruttiva. Ciò non vuol dire che ci sia sempre un confine netto tra corretto e sbagliato; e che ci siano sempre meccanismi sociali o giuridici per eliminare tutti gli errori anche quando sono certamente tali.

Per questo la nostra preoccupazione costituzionale contro la creatività giudiziaria (e in realtà di ogni giurista) è giustificata solo quando l'interpretazione creativa viene intesa come un giudice che interpreta in violazione della legge, decidendo *contra legem* nello spazio di determinatezza della legge, quale che sia; nel nostro ordinamento quel giudice violerebbe i propri fondamentali doveri di fedeltà andando contro un principio fondamentale della Costituzione e un pilastro dello Stato di diritto. Questo presuppone che la legge interpretata abbia un qualche senso determinato anche se parziale.

Ci sono nei diritti moderni rimedi giuridici contro questo pericolo, in primo luogo ovviamente i meccanismi di impugnazione. Inoltre la condotta giudiziaria di un singolo giudice che comporti frequenti interpretazioni *contra legem* rientrerà nel quadro di una azione disciplinare con le più severe sanzioni: beninteso anche in questo campo, come nel resto del diritto, ci sono casi chiari e casi incerti. Tuttavia deve essere chiaro che non si è detto nulla su come si fa a determinare che una interpretazione sia illegittima, ciò presuppone una teoria della interpretazione.

Diverso è il caso in cui qualcuno ritiene che una pluralità di giudici non oservi quello che si ritiene essere il senso delle leggi o di alcune di esse. In questi casi per ipotesi i rimedi interni alla magistratura non funzionano. È la Cassazione o la Corte costituzionale che si ritiene sia in errore, non il singolo giudice. Nel nostro ordinamento un Parlamento che non apprezzi *alcune* sentenze non dispone di alcun mezzo di intervento diretto che non violi la Costituzione, ma qualora non apprezzi *molte* sentenze, a differenza di noi poveri filosofi ha in mano un rimedio adatto, che è quello di cambiare le leggi. Non solo le singole leggi, ma anche eventualmente le norme di struttura che riguardano direttamente o indirettamente l'interpretazione. Qualora poi, di fronte a leggi che un Parlamento considerasse chiarissime, ancora l'ordine giudiziario non interpretasse come il Parlamento (una sua maggioranza) ritiene corretto, il legislatore ha l'ulteriore rimedio di riformare l'ordinamento giudiziario e anche la Costituzione. Quello che un Parlamento non può fare, anche modificando la Costituzione, senza abolire un pilastro dello Stato di diritto è cercare di amministrare direttamente la giustizia, e ogni interferenza diretta di un Parlamento sulla interpretazione delle leggi che non prenda la forma di una modifica della legge è appunto in radicale violazione della divisione dei poteri. Che è uno dei principi portanti per lo stato di diritto prima ancora di esserlo per ogni democrazia: quando chi fa le leggi è lo stesso organo o persona che le applica, o viceversa, la legge stessa diviene, come dice Valery, metà marmo e metà fumo, anzi quasi tutta fumo, il suo carattere generale diviene opzionale, la tirannide del potere non vincolato da regole generali incombe e lo stato di diritto è in crisi terminale. Questo vale naturalmente anche per i giudici, che si inventassero di sana pianta le norme che applicano, anche per i più nobili motivi: non abbiamo fatto la Rivoluzione francese per ritrovarci tanti piccoli tiranni, di cui parla Montesquieu⁶. Il sistema della separazione dei poteri si basa anche sul fatto che le decisioni politiche fondamentali devono essere

⁶ Ciò è chiaro alla luce della storia: MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, Livre VIII, 2: De la corruption du principe de la démocratie: "Il se forme de petits tyrans qui ont tous les vices d'un seul. Bientôt ce qui reste de liberté devient insupportable; un seul tyran s'élève". Non a caso con una visione opposta il pensiero reazionario post-rivoluzionario considera tali "piccoli tiranni" come poteri autonomi e in questo senso liberi, struttura necessaria di una società libera. Al "giacobinismo" accentratore dell'ideologia illuministica viene contrapposta la libertà come autonomia (locale) alla Heinrich von Treitschke. In una simile visione la natura democratica o meno delle forme intermedie diventa secondaria.

Cfr. H. VON TREITSCHKE, *La Francia dal primo impero al 1871*, (trad. it. di E. Ruta), Laterza, 1917, <http://www.gutenberg.org/etext/28317>.

riversate in prescrizioni generali cioè in forma linguistica; queste devono essere interpretate da altri e indipendenti poteri e persone ad evitare che diventino meramente un promemoria autogestito del potere supremo (oltre che, naturalmente, retroattive). Questo diaframma di parole generali che è la legge, collocato tra il potere e l'applicazione coattiva, è davvero l'essenza dello Stato di diritto.

Di conseguenza capire come avvenga la interpretazione delle parole della legge è questione di grande importanza. È curioso che i giuristi se ne occupino così poco e le loro teorie del significato ancor oggi siano così poco pregnanti, tanto da indurre il sospetto che questa distrazione sia un modo per tenersi mano libera in materia di interpretazione. La mancanza di una riflessione sistematica sul linguaggio e sul significato producono teorie della interpretazione giuridica poco pregnanti e favoriscono un metodo interpretativo *à la carte*, quello che di volta in volta produce il risultato considerato più opportuno.

Sul piano delle dichiarazioni ufficiali, le parole del legislatore, nel diritto moderno si sono certamente guadagnate il rispetto dei giuristi e dei giudici. Ben pochi giuristi e tanto meno giudici oggi affermerebbero di poter o voler ignorare o modificare le parole del legislatore; un giudice che facesse una simile dichiarazione in un atto giudiziario si espone a vederlo censurato in sede di impugnazione ed egli stesso incorrerebbe probabilmente in quella responsabilità disciplinare cui si accennava sopra. Non è sempre stato così. Il cambiamento operativo, a lungo preparato avvenne in occidente con il Codice Napoleone e la scuola dell'esegesi ed è noto anche come l'abbandono del giusnaturalismo in quanto atteggiamento operativo tra i giuristi positivi; è il trionfo del giuspositivismo. Lo racconta con splendida sintesi Norberto Bobbio nella parte storica del suo corso di lezioni *Il positivismo giuridico*⁷. In seguito alla rivoluzione giuspositivista i giudici hanno appreso che le parole della legge si rispettano: ma che fare dei significati del legislatore? I significati dipendono dalle pratiche e teorie interpretative e queste dalle teorie del significato e del linguaggio, e tutto questo è un campo con cui la cultura giuridica non è ancora venuta a patti. Il diritto moderno ha dunque in genere risolto il problema di individuare le disposizioni (parole) del legislatore; molto minore attenzione e poche soluzioni realistiche sono state trovate per ricavarne il significato. La interpretazione è rimasto un campo in cui i giuristi si sono tenuti la mano molto libera. Anche le norme sulla interpretazione sono rimaste poco

⁷ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 13 ss.

precise, poco realistiche e vincolanti rispetto a quello che potrebbero essere. Mi si lasci dire che ci troviamo oggi, quanto a norme legislative sul controllo della interpretazione, a un livello analogo al controllo della gerarchia delle fonti che esisteva nei diritti medievali: scarso e lacunoso. Che questo sia bene o male è un altro problema, è problema di politica del diritto, soprattutto oggi del posto che deve avere il diritto giurisprudenziale tra le fonti giuridiche.

A me pare evidente che il linguaggio è il primo strumento di lavoro dei giuristi positivi o se vogliamo il primo degli oggetti su cui lavorano. Il legislatore produce linguaggio tramite altro linguaggio, e linguaggio producono le altre autorità giuridiche a qualunque livello di normazione, chiunque applica le norme interpreta tale linguaggio e ne produce dell'altro. Il giurista si occupa di linguaggio e usa il linguaggio. Un ingegnere produce un ponte partendo da cemento e acciaio; un giudice produce una sentenza usando parole e partendo da altre parole. Il linguaggio sono i blocchi di costruzione del giurista e anche le sue fondamenta, come il cemento e l'acciaio lo sono per l'ingegnere. Un giurista senza una (buona) teoria del linguaggio è dunque come un ingegnere, o forse farei meglio a dire un architetto senza una (buona) scienza delle costruzioni e dei materiali. Un giurista senza una buona teoria del linguaggio è come un architetto che disegna edifici ad occhio.

Tuttavia i giuristi sembrano ritenere di non avere bisogno di una teoria del linguaggio. In particolare sono spesso indifferenti o ignoranti dei grandi progressi della linguistica e della semiotica nell'ultimo secolo. Dei concetti e delle parole si occupano con grande attenzione, nel corso dell'esame di ciascuna questione giuridica, ma dei grandi problemi di fondo della semiotica, assai poco. Come si estraggono significati e concetti dalle parole viene troppo spesso liquidato con teorie semplicistiche vetuste e poco meditate. Lo si vede in particolare in casi interpretativi complicati come quelli esaminati nel secondo paragrafo, dove dovrebbe essere particolarmente evidente che le risorse del linguaggio giuridico sono messe a dura prova, non solo quello in cui sono formulate le norme, ma anche il linguaggio e i concetti delle stesse teorie penali.

2. *L'art. 15 c.p. come metanorma sull'interpretazione*

“Quando più leggi penali o più disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o alla disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”.

Con l'art. 15 c.p. ci troviamo a che fare con una norma su norme, una

disposizione che contiene direttive o norme importanti riguardanti anche la interpretazione di altre norme penali. È pertanto evidentemente una norma di struttura, sulla produzione o sulle fonti, quella che Hart chiama norma secondaria. Per norma, come sempre, intendiamo non la disposizione, le parole, ma il significato, che viene prodotto anche tramite la interpretazione di quella disposizione e non solo di quella disposizione. Non si tratta solo di comporre un combinato disposto ma di considerare tutte le metanorme rilevanti e sullo sfondo l'organizzazione giuridica e la struttura del processo (ricordo la critica del puntualismo fatta sopra). Per interpretazione intendo, ovviamente, il passaggio dalle parole al loro significato, e anche il risultato di tale procedimento, che è sempre, naturalmente, un insieme di altre parole (interpretare delle parole mediante una espressione che contiene le stesse parole ci fa rischiare la circolarità). Della stessa natura dell'art. 15 c.p. sono ad esempio l'art. 2 c.p. che regola la successione nel tempo delle disposizioni penali e perciò la produzione della norma mediante la loro interpretazione combinata con riferimento al tempo e ovviamente l'art. 12 disp. prel. c.c. espressamente dedicato a una regolamentazione generale della interpretazione. Tutte queste disposizioni hanno l'obiettivo di regolare aspetti complessi e problematici della attività interpretativa, cioè della estrazione del significato dall'intreccio di disposizioni giuridiche nell'ordinamento giuridico. Quando si applicano norme di questo tipo è necessario risolvere tre problemi diversi che spesso non vengono sufficientemente distinti dagli interpreti: il problema della interpretazione in generale; il problema delle direttive sulla interpretazione espresse dalla metanorma applicata; e il problema della interpretazione delle disposizioni sotto interpretazione. Insomma, la norma sulla interpretazione va a sua volta interpretata.

L'art. 15 c.p. è una metanorma significativa nel nostro diritto penale, serve a trattare i testi delle disposizioni penali in modo da evitare che una applicazione simultanea o concorso di più norme incriminatrici produca cumuli di pena sentiti come eccessivi; dove eccessivi fa riferimento certamente a criteri di proporzionalità nel sistema penale e in ultima analisi anche al senso di giustizia dei tecnici del diritto. Come tutte le norme di questo tipo, a sua volta, non è di semplice interpretazione. I penalisti difatti ne discutono ogni parola: il significato dei sintagmi "più leggi penali" e "più disposizioni della medesima legge", l'espressione "stessa materia" e la clausola "salvo che sia altrimenti stabilito". Anche la parola 'deroga' non è affatto senza spine⁸. È evidente che

⁸ L'analisi di S. ZORZETTO, *La norma speciale.*, cit., rivela atteggiamenti divergenti nella giurisprudenza italiana circa la deroga. Quasi ignorata come problema dai penalisti, essa è

tutte le parole chiave dell'art. 15 portano significati complessi, vaghi e problematici che non sono certamente definiti qui, né, a dire il vero, altrove nella legge e su cui la giurisprudenza non ha opinioni conformi. Come termini centrali della teoria generale del diritto il problema del loro significato non è un mero problema di significato e di definizione ma solleva grossi problemi teorico generali.

Vorrei attirare l'attenzione sul fatto che il legislatore dell'art. 15 sembra implicare che la specialità si possa predicare sia di leggi sia di disposizioni della medesima legge. Il legislatore usa qui la parola 'disposizione' che in teoria del diritto si contrappone spesso a norma: intende forse parole contrapposte al loro significato? Mi pare più plausibile che il legislatore in questo caso intenda piuttosto contrapporre una intera legge a una sua parte ("... leggi penali o più disposizioni della medesima legge ..."). Pare dunque che la distinzione tra parole e significato nelle leggi di cui si predica la specialità non colpisca l'attenzione del legislatore dell'art. 15, come se il passaggio dalle parole della legge alle norme, cioè al loro significato, non ponesse problemi nel trattare la specialità. In realtà è difficile concepire la specialità di disposizioni piuttosto che di norme, la specialità essendo qualcosa che riguarda il significato e meglio un rapporto tra i significati.

Se guardiamo alla dottrina e alle teorie della specialità elaborate dalla dottrina e spesso riprese dalla giurisprudenza, troviamo spiegazioni che ovviamente usano altri termini ancora, non sempre gli stessi, con cui si cerca di chiarire cosa sia la specialità di cui parla l'art. 15 c.p. Che la norma non sia chiara lo vedremo benissimo dalle divergenze che suscita.

La nozione di specialità su cui il legislatore nel formulare l'art. 15 c.p. si basa senza aggiungere spiegazioni non è ovviamente esclusiva della scienza penalistica; al contrario è un concetto basilare del senso comune, uno strumento davvero primario del pensiero. D'altra parte esso è anche uno strumento fondamentale della descrizione e spiegazione delle scienze empiriche moderne. In realtà tutti, inclusi i bambini piccoli e i primati usano con competenza e

stata studiata soprattutto dai costituzionalisti dai quali è stata spiegata in modo perlopiù figurato. L'ipotesi prospettata da Zorzetto è che la deroga non sia affatto una conseguenza intrinseca del rapporto di specialità, ma sia un problema di giustificazione; che una norma sia o meno speciale e in che senso risulta pertanto una questione distinta da quello della deroga e del modo in cui sono regolati di volta in volta i rapporti tra norma speciale e generale. Secondo quest'ipotesi, la metanorma di cui all'art. 15 c. p. è una norma di giudizio, che prescrive ai giudici *con quale norma* essi devono regolare i casi: per l'art. 15 c. p. essi devono scegliere, tra tutte quelle rilevanti, la norma *più* speciale.

profitto almeno la nozione comune di specialità. All'interno di una specie o classe si individua una sottospecie o sottoclasse individuata da proprietà aggiuntive rispetto alla classe generale.

Ad esempio, nella classe o genere dei funghi si distingue il caso speciale dei funghi commestibili. La individuazione avviene in un quadro di esigenze teoriche o pratiche che la "giustifica" e limita gli oggetti che vengono considerati: l'esempio della commestibilità o meno non è scelto a caso, serve a ricordarsi che anche questa distinzione viene fatta con riferimento non a qualunque qualità o proprietà ma a quelle che sono utili. Distinguere e separare generi e specie ha una funzione evidente nelle situazioni quotidiane, ed è uno strumento mentale basilare, direi primordiale, nell'armamentario della mente umana. Al di fuori dei molteplici interessi pratici o teorici che ci inducono a raggruppare gli individui in generi e specie bisogna ricordare che i generi e specie caratterizzati da somiglianze e differenze considerate rilevanti si stemperano in moltitudini di individui tutti diversi tra loro per qualche caratteristica e tutti simili tra loro per qualche altra caratteristica. Nel nostro linguaggio il caso archetipale è quello in cui vengono usate le stesse parole (omicidio) con l'aggiunta di un aggettivo o frase aggettivale: omicidio colposo o omicidio del consenziente. Genere e differenza specifica. Ma ci sono infiniti altri casi in cui questa struttura sintattica archetipale non si trova eppure sono altrettanto chiaramente casi di generi e specie, in cui il rapporto è "annidato" nei significati dei termini o delle espressioni. E ci sono casi che non sono affatto incontrovertibili e chiari.

Anche nel diritto ci sono dei casi in cui a prima vista tutto sembra chiarissimo, e scontato se non naturale: si consideri il caso di scuola (quindi facile) della violazione di domicilio e della violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale⁹.

⁹ Zorzetto, nella propria tesi *op. cit. supra*, analizza questo caso a titolo paradigmatico come un caso (a prima vista) facile di specialità, mostrando alcuni caratteri fondamentali della specialità giuridica, non solo penale, su cui qui non posso soffermarmi in questa sede. Secondo Zorzetto la specialità di una norma risiede nei suoi concetti giuridici componenti; una norma non è dunque speciale né per la fattispecie (come quasi sempre si sostiene) né per la conseguenza (come raramente s'è congetturato), ma perché i suoi concetti sono logicamente inclusi in quelli di un'altra norma (quella c.d. generale). Normalmente non contano tutti i concetti, ma solo alcuni sono correlati da genere a specie (non vengono considerati come specialità i rapporti logici tra le modalità deontiche, come permesso e obbligatorio). La scelta dei concetti rilevanti ai fini della specialità dipende da una teoria dei concetti giuridici (una 'teoria dei generi e delle specie'). Quasi sempre i giuristi contano come rilevante l'elemento (concetto) del destina-

Art. 614 c.p. Violazione di domicilio

“Chiunque s’introduce nell’abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si introduce clandestinamente o con inganno, è punito con la reclusione fino a 3 anni”.

Art. 615 c.p. Violazione di domicilio commessa da pubblico ufficiale

“Il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, s’introduce o si trattiene nei luoghi indicati nell’articolo precedente, è punito con la reclusione da 1 a 5 anni”.

In questo caso si è usata una tecnica normativa che dovrebbe eliminare ogni dubbio: infatti c’è un riferimento espresso all’articolo precedente per gli elementi comuni, cioè l’introdursi o trattenersi nell’abitazione altrui o in un altro luogo di privata dimora o nelle appartenenze di essi. Il soggetto attivo è ovviamente considerato elemento specializzante (per specificazione), mentre l’abuso dei poteri inerenti alle funzioni viene considerato elemento specializzante per aggiunta: insieme sono evidentemente le ragioni specifiche per cui si è formulato l’art. 615. Osservo che in questo caso la distinzione tra specialità per specificazione e per aggiunta non è perspicua come qualcuno sostiene, e sembra fatta sulla base delle parole senza tenere conto dei significati.

La tecnica della ripetizione delle parole è una tecnica usata per superare il problema del rapporto tra parole e significati. Nella misura in le parole che individuano le proprietà del genere (violazione di domicilio) sono le stesse *e il loro significato non cambia*, il rapporto di specialità vale per qualunque interpretazione e quello che rileva è il rapporto logico di inclusione tra classi. Si noti però che la specialità continua anche qui a riguardare il significato non le parole; è solo neutralizzato il problema della variazione del significato in sede interpretativa.

Notiamo anche che il rinvio espresso riguarda solo una parte della norma (il domicilio); non c’è rinvio espresso anche alle modalità della condotta: “contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero clandestinamente o con inganno”. Sia l’art. 614 che l’art. 615 c.p. sono ritenu-

tario della norma che tengono nettamente distinto dall’elemento (concetto) del comportamento regolato o condotta, sennonché la fattispecie della norma può essere espressa tutta in funzione del destinatario o tutta in funzione del comportamento; la scelta tra l’una e l’altra ipotesi dipende dalla teoria dei generi e delle specie che si usa. In altre parole, per usare la terminologia della Cassazione, dipende dal criterio di rilevanza cui si fa riferimento. A sua volta l’uso di un criterio di rilevanza dovrebbe essere fondato su un argomento o ragione che la giustifica.

ti reati a condotta vincolata. Viene dunque da chiedersi perché le modalità dell'azione di cui all'art. 614 c.p. "contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero ... clandestinamente o con inganno" non vengano considerate un (ulteriore) elemento specializzante rispetto all'art. 615 c.p. così come, invece, lo è l'abuso dei poteri inerenti alle funzioni di pubblico ufficiale. Se si ammettesse questa ipotesi, avremmo un caso di quella che i penalisti chiamano una specialità *bilaterale* piuttosto che unilaterale riguardo alle modalità della condotta: vorrei rilevare che l'assegnazione a un caso o all'altro sembrerebbe dipendere dal conteggio delle parole piuttosto che dai significati, una questione su cui tornerò più sotto riguardo alla distinzione tra specificazione ed aggiunta. Troviamo inaspettatamente problemi interpretativi connessi alla nozione di specialità anche in un caso che a prima vista sembrava assolutamente lampante, e questo ci segnala tra l'altro che i riferimenti espliciti di una disposizione (norma) all'altra hanno dei costi, da una parte sembrano rendere più facile e più certa la interpretazione, ma dall'altra sollevano problemi addizionali in quanto suggeriscono che si interpretino *a contrario* tutti i silenzi e le omissioni che altrove sembrerebbero forse semplici ellissi.

I problemi della specialità nel diritto rivelano dunque immediatamente una dimensione eminentemente semiotica. Ciò che non è immediatamente evidente è che bisogna tenere conto della diversità tra i linguaggi in cui la specialità viene trattata. Dobbiamo in altre parole essere consapevoli che la trasposizione di questa modalità di pensiero fuori dalle dimensioni collaudate del linguaggio ordinario e dal senso comune indebolisce o elimina molte delle presupposizioni su cui questa modalità di pensiero è normalmente basata¹⁰.

Dobbiamo renderci conto che la specialità pone grossi problemi quando viene trasferita al di fuori dal linguaggio ordinario, dove è modalità del pen-

¹⁰ Questo punto viene approfondito da Zorzetto (*op. cit. supra*) che analizza la specialità giuridica sul piano sia logico-sintattico (della struttura logica della relazione, che per Zorzetto ha la forma della implicazione stretta-conseguenza-inclusione logica) sia logico-concettuale, in cui rilevano i nessi semantici tra i concetti giuridici delle norme. Infatti, nel diritto, come nel linguaggio ordinario, i concetti sono ben lungi dall'essere perfettamente determinati come classi logiche, né vale la legge dell'inversione fra l'intensione e l'estensione. Dal confronto col contesto della logica delle classi e delle scienze naturali e col contesto ordinario, la peculiarità della specialità giuridica risulta essere primariamente semantico-pragmatica e risiedere nelle teorie dei generi e delle specie dei giuristi. A conferma di ciò, Zorzetto ricorda che con l'operazione di calcolo del prodotto logico, si possono ottenere due classi intersecate (due specie di un genere) o una classe inclusa in un'altra (la specie di un genere) e il diverso risultato dipende dal contenuto delle classi, cioè dalla loro definizione o significato, che non è una questione di calcolo logico o di sintassi logica, ma semantica.

siero gestita ottimamente dalla comune intuizione linguistica e dagli scopi e interessi della vita quotidiana. L'attrezzo mentale e linguistico della specialità e il suo converso la generalizzazione sono chiaramente uno strumento basilare del pensiero umano "normale". Dove la relazione tra generale e speciale va nelle due direzioni: quella di generalizzazione per sottrazione delle peculiarità solo individuali e quella della specificazione per aggiunta di una proprietà specifica: operata grammaticalmente nei casi archetipali mediante aggiunta di un aggettivo a un sostantivo (gatto + nero); si noti che la proprietà è una caratteristica semantica (significato) e l'aggettivo è un elemento sintattico (parola), le due cose non stanno sullo stesso piano e il meccanismo funziona sempre con una certa approssimazione. Nel linguaggio ordinario, di conseguenza, due termini o elementi di significato o intere proposizioni hanno un elemento comune (il generale) e in uno di essi qualcosa viene specificato ulteriormente da un termine o espressione aggettivale.

Nel linguaggio ordinario la corrispondenza tra sintassi e semantica non può ovviamente essere considerata biunivoca. Non è detto che alla aggiunta sintattica, ad esempio l'aggettivo aggiunto al sostantivo, l'avverbio al verbo, corrisponda sempre una aggiunta semantica di specificazione, e quindi la individuazione di specie o specialità, l'individuazione di una classe di oggetti meno ampia e più caratterizzata. Questo è uno dei motivi per cui il linguaggio ordinario non è un linguaggio perfetto.

Quando dal senso comune e dal pensiero ordinario passiamo alla teoria dell'interpretazione giuridica alcune ovvietà e certi meccanismi linguistici non si trasferiscono senza problemi. In primo luogo la distinzione tra parole e significato: il problema salta agli occhi quando si esamina la immagine usata dai giuristi per spiegare la specialità: la metafora o immagine dei cerchi concentrici o secantesi; come ho detto la troviamo continuamente sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Ad esempio Cass. pen. sez. III, 27 giugno 2006, n. 28350, confronta due norme che puniscono comportamenti omissivi in materia di misure antincendio con considerazioni sul loro rapporto di specialità.

Il D.Lgs. 19 settembre 1994, n. 626, emanato in attuazione delle direttive CEE riguardanti il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, all'art. 4, comma 5, lett. q), impone al datore di lavoro l'obbligo di adottare "le misure necessarie ai fini della prevenzione incendi e dell'evacuazione dei lavoratori, nonché per il caso di pericolo grave ed immediato. Tali misure devono essere adeguate alla natura dell'attività, alle dimensioni dell'azienda, ovvero della unità produttiva ed al numero delle persone presenti".

Il D.P.R. 27 aprile 1955, n. 547, art. 34, stabilisce, al comma 1, lett. c) e d), che “nelle aziende o lavorazioni in cui esistono pericoli specifici d’incendio devono essere predisposti mezzi di estinzione idonei in rapporto alle particolari condizioni in cui possono essere usati, in essi compresi gli apparecchi estintori portatili di primo intervento. Detti mezzi devono essere mantenuti in efficienza e controllati almeno una volta ogni sei mesi da personale esperto. Deve – inoltre – essere assicurato, in caso di necessità, l’agevole e rapido allontanamento dei lavoratori dai luoghi pericolosi”.

I fatti contestati ai ricorrenti sono: non avere assicurato idonee vie di fuga, in caso di incendio o di altra grave situazione di pericolo, ostruendo le uscite di sicurezza dei locali aziendali con l’ammasso, a ridosso di esse, di pneumatici ed altri materiali e non avere predisposto mezzi antincendio adeguati, essendo gli idranti non funzionanti e gli estintori scarichi o scaduti.

Tali fatti sono specificamente previsti, come reato, dal D.P.R. n. 547 del 1955, art. 34, che si pone, rispetto al D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 4, quale norma speciale. A mente dell’art. 15 c.p. “quando più leggi penali o disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, la legge o la disposizione di legge speciale deroga alla legge o disposizione di legge generale, salvo che sia altrimenti stabilito”. Questa Corte Suprema ha già statuito che il principio di specialità è invocabile quando gli elementi costitutivi della fattispecie prevista dalla norma generale siano compresi nella norma speciale, la quale deve contenere qualche elemento in più, di carattere particolarmente qualificante, sicché l’ipotesi di cui alla norma speciale, ove questa mancasse, ricadrebbe nell’ambito operativo di quella generale. È necessario, cioè, che le due disposizioni appaiano come due cerchi concentrici, di diametro diverso, in modo tale che quello più ampio contenga in sé quello minore ed abbia un settore residuo destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità (v. conf. Cass. sez. 4a pen., 26/3/1993, Costarelli e 18/3/1983, Saracino; sez. 2a pen., 30/11/1983, Colucci). Nella fattispecie in esame, le disposizioni contenute nel D.P.R. n. 547 del 1955, art. 34, sono specifiche, rispetto a quelle, di carattere generale, di cui al D.Lgs. n. 626 del 1994, art. 4, perchè contengono elementi specializzanti, costituiti dalla specificazione dei mezzi di prevenzione ed estinzione degli incendi e dalla espressa menzione dell’obbligo di assicurare, in caso di necessità, l’agevole e rapido allontanamento dei lavoratori dai luoghi pericolosi. Dalle esposte considerazioni discende che i fatti dei quali i ricorrenti sono stati ritenuti colpevoli debbono essere giuridicamente qualificati come integranti gli estremi dei reati di cui al D.P.R. n. 547 del 1955, art. 34, comma 1 lett. c) e d) e art. 389, in essi assorbito il D.Lgs. n. 626 del 1994, artt. 4, comma 5, lett. q) e art. 89.

In questa sentenza si trovano vari elementi assai interessanti per la nostra analisi.

La procedura di controllo della sussistenza della specialità tra le due norme proposta dalla Cassazione, per chi è abituato alle analisi semiotiche nel linguaggio ordinario, richiama subito alla mente una procedura tipica dell’analisi

semiotica: quella della sottrazione o opposizione semantica: “ove la norma speciale mancasse” dice la Cassazione. Si toglie ipoteticamente l’elemento sintattico il cui significato è da vagliare e si vede cosa cambia nei significati che percepiamo. La differenza è il significato di quell’elemento. L’estensore della sentenza è al corrente della nozione linguistica di opposizione semantica o è guidato semplicemente dal buon senso giuridico? Si noti che la Cassazione a questo punto non parla di leggi o disposizioni, come il legislatore dell’art. 15, ma di norme, cioè presumibilmente di leggi o disposizioni *interpretate*. Quando si parla di cerchi intersecanti la sentenza torna però a parlare di disposizioni. Confermando così quella indifferenza sulla distinzione tra i due ordini di cose semiotiche di cui parlavo sopra.

Cosa ancora più importante, l’accertamento del fatto che una disposizione contenga o meno una norma speciale viene notevolmente complicato nella sentenza perché la norma speciale deve “contenere qualche elemento in più, di “carattere particolarmente qualificante” dove la caratteristica del *particolarmente qualificante* in questo caso certamente non è chiarissima e comunque è evidente che non può appartenere alla logica ma alla interpretazione dei significati: perché l’essere tale non può essere una caratteristica logica in nessun senso, neppure se la Cassazione dice il contrario. Nello stesso senso si parla talora di elementi *costitutivi* della fattispecie, non dunque ogni elemento differenziale, ma solo quelli costitutivi. Per la Cassazione quindi la presenza di un qualunque elemento semantico comune, e ancor meno qualunque elemento sintattico, non basta per instaurare un rapporto di specialità. Probabilmente si ritiene che se seguissimo l’altra strada troppe norme penali incriminanti risulterebbero tra loro in rapporto di specialità. Secondo il mio umile parere, la Cassazione ha assolutamente ragione in questo, ma resta da spiegare che cosa e perché sia “particolarmente qualificante” o “costitutivo” in questo contesto e in genere in un contesto penalistico e ancor più generalmente in un contesto giuridico.

Nella dottrina penalistica la stessa esigenza si esprime pre-limitando le norme potenzialmente in concorso apparente alle sole che sembrano *prima facie* confrontabili in questo modo. Neppure in questo caso il criterio è ulteriormente precisato, per quanto ne so; e questo mi pare lo renda alla fin fine ancora più oscuro di quello della Cassazione.

Veniamo ora a un punto che è reso importante dalla frequenza con cui è collocato al centro dei discorsi giuridici sulla specialità: la metafora largamente tralattizia dei cerchi; anche la nostra sentenza debitamente lo evoca, ma non spende neppure una parola per distinguere tra intensione e estensione delle

parole che devono essere interpretate. Si parla dunque di logica come se il significato fosse già determinato e si ignora la distinzione tra aspetti sintattico e semantico, tra parole e significati. Ovviamente la norma speciale è più *ampia* solo quanto ad intensione, perché la specialità è ottenuta appunto con l'aggiunta di elementi di significato, proprietà o predicati (logicamente è una congiunzione). Tutti sanno che ciò comporta una riduzione potenziale della estensione, cioè riduzione del numero potenziale degli oggetti compresi nella classe cui quel pezzo di linguaggio fa riferimento o denota, come una lente più convessa restringe l'area di osservazione. Tutti lo sanno, ma la Cassazione non ci bada e non ne parla: parla solo di un settore residuo destinato ad accogliere i requisiti aggiuntivi della specialità come se l'intensione fosse il solo aspetto del significato da considerare. Tuttavia parlare di settori fa pensare all'estensione e di certo la specialità è estensionalmente più ristretta della generalità e in questo senso non c'è alcun settore residuo. Il residuo riguarda le proprietà intensionali. I cani gialli sono meno numerosi dei cani *tout court*, ma il concetto di cane giallo ha una proprietà in più del concetto di cane. Comunque i cani gialli hanno tutte le proprietà dei cani per l'ottima ragione che sono cani: in altre parole la estensione di cane giallo è parte della estensione di cane.

A dire il vero la faccenda non è proprio tanto semplice: il concetto di 'cane più grande di una pulce' ha una intensione più ricca del concetto di cane, ma l'estensione non cambia perché tutti i cani sono più grandi delle pulci. È evidente a questo punto che il concetto di estensione non è privo di ambiguità che andrebbero chiarite, come ben sanno i logici, ma non posso andare oltre su questa strada. Comunque si capisce che non è così facile e privo di problemi passare dalla intensione alla estensione e tanto meno passare dalla collazione degli elementi sintattici, le parole della legge e/o delle sue disposizioni, a quei significati complessi che un teorico del diritto e anche la Cassazione di solito chiamano norme.

Molti teorici del diritto si rammentano a questo punto della logica formale dei predicati¹¹ e forniscono una descrizione formalizzata della relazione di specialità insistendo che la specialità è un fenomeno logico. Nulla di errato in questa tesi, ma manca l'essenziale! La parte logica del problema della specialità è una applicazione della logica dei quantificatori; bisogna però ricordare, ancora una volta, che la logica tratta gli enunciati come già interpretati e pre-

¹¹ Ad esempio, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999, 4° ed., p. 55.

suppone che una parola o una variabile abbiano sempre lo stesso esatto significato. Ma nei discorsi giuridici è proprio la parte semantica che crea tutte le difficoltà (di interpretazione) in cui incorre anche il diritto penale riguardo alla specialità.

Un altro esempio di scuola può essere utile a rilevare la differenza tra sintassi e semantica (parole e significato) e i diversi modi sintattici in cui si formula un rapporto di specialità: il rapporto di specialità tra infanticidio e omicidio doloso.

Art. 575 c.p. Omicidio

“Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni 21”.

Art. 578 c.p. Infanticidio in condizioni di abbandono materiale e morale (vers. intr. con l. n. 442 1981)

“La madre che cagiona la morte del proprio neonato immediatamente dopo il parto, o del feto durante il parto, quando il fatto è determinato da condizioni di abbandono materiale e morale connesse al parto, è punita con la reclusione da 4 a 12 anni”.

Qui l'elemento comune è ovviamente il cagionare con dolo la morte di un uomo; anche qui alcune delle parole chiave sono ripetute dal legislatore, per confermarci che il significato è lo stesso; ci sono elementi che la dottrina penalistica chiama specializzanti per specificazione: essi riguardano i soggetti attivi e passivi; altri vengono definiti elementi specializzanti per aggiunta e sono limiti temporali e circostanze concomitanti all'azione. La distinzione tra elementi specializzanti per aggiunta e per specificazione è tuttavia assai meno ovvia di quanto possa sembrare, soprattutto se teniamo presente la distinzione tra parole e significati. Bisogna ammettere che non possiamo limitarci a contare le parole; nessuno sostiene seriamente che se c'è una parola in più è aggiunta; dobbiamo guardare alle proprietà ossia agli elementi di significato: la specializzazione per specificazione sembrerebbe caratterizzata dalla aggiunta di proprietà o qualificazioni ai soggetti attivi e passivi, dal passaggio da reato improprio a proprio (madre, un proprio neonato, feto-durante-il-parto); l'aggiunta sarebbe l'aggiunta di circostanze temporali del delitto e della situazione psico-sociologica della madre. In ogni modo al di là dell'eventuale conteggio del numero dei sostantivi e aggettivi, bisogna chiarire perché la differenza tra i due casi debba essere considerata una significativa variante nel rapporto di specialità: in ogni caso si tratta pur sempre dell'aggiunta di alcune proprietà al significato complessivo della norma speciale e di una conseguente

restrizione dei casi regolati o estensione rispetto alla norma generale. Sempre di specialità si tratta, sul piano semantico e logico e come tale cadere sotto l'art. 15 c.p.; bisognerà portare altri argomenti per considerare tale rapporto di specialità in modi diversi ai fini del conteggio delle pene.

Un terzo esempio sempre di scuola, e quindi anch'esso considerato facile, mette in luce altri aspetti del problema sintassi/semantica (parole e significati) nell'interpretazione dell'art. 15 c.p. ed è quello dei rapporti di specialità tra norme su furto e rapina.

Art. 624 c.p. Furto

“Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da 6 mesi a 3 anni e con la multa da euro 154 a 516”.

Art. 628 c.p. Rapina

“Chiunque, per procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto, mediante violenza o minaccia, s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, è punito con la reclusione da 3 a 10 anni e con la multa da euro 516 a 2065”.

Anche qui ricorrono palesemente nei due articoli le stesse parole chiave. Se facciamo la non difficile assunzione che le parole mantengano lo stesso significato in queste due disposizioni quasi contigue, la rapina risulta la somma di furto e violenza privata (art. 610); cioè furto eseguito mediante violenza o minaccia. Viene ritenuto pacifico che abbiamo quello che i penalisti chiamano un concorso *apparente*. L'espressione non è felicissima e infatti può destare equivoci nel non-penalista, qui l'apparenza e non-realtà del concorso è agli effetti del cumulo delle pene, che non avviene purché ci sia una reale e non apparente sovrapposizione tra le estensioni delle due norme. Se tutte le rapine sono furti con in più qualcosa di speciale rispetto agli altri furti, la norma che qualifica e punisce la rapina è appunto norma speciale rispetto a quella che qualifica e punisce furto; dunque *ex art. 15 c.p.* non si ha cumulo¹². La rapina in altre parole è un furto, di cui ha tutte le caratteristiche, ma un furto di tipo speciale, per via delle sue caratteristiche addizionali. L'uso dell'e-

¹² In un senso dunque il concorso di norme in questi casi non è affatto apparente. Abbiamo infatti tre norme (furto, violenza privata e rapina) che concorrono tutte e tre sullo stesso atto (eventualmente quattro se vi aggiungiamo il reato di minaccia). Un illustre penalista (F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1966), in una costruzione teoricamente notevole per profondità e coerenza, propone che si parli di *interferenza* quando le pene si cumulano e di *convergenza* quando se ne applica una sola.

spressione “concorso apparente” per indicare la sovrapposizione reale tra le estensioni della norma speciale rispetto a quella generale mi pare significativa. Mi pare infatti che ci segnali che il pensiero penalistico come del resto quello comune è anch'esso fortemente condizionato dalla pragmatica del linguaggio, dalle sue funzioni, dagli scopi per cui ci curiamo del rapporto di specialità tra due proposizioni in questo caso norme. In questo caso la funzione è quella di fare in modo che non ci sia un cumulo di pene sproporzionato rispetto a quanto si può ricavare dalla graduazione delle pene voluta dal legislatore del diritto penale vigente; nonché al senso di giustizia dell'interprete ad evitare dunque che chi commette una azione debba sempre essere imputata la somma (fino ai limiti di cumulo) di tutte le pene ricavabili da diverse possibili qualificazioni come reato di quella azione. Quale sia questa proporzione non è naturalmente sempre facile a determinare, ma ci sono dei casi facili: nel nostro esempio che chi commette una rapina venga punito anche per furto, essendo le due pene evidentemente considerate come autosufficienti. Un problema di interpretazione dunque non in ogni caso facile da risolvere. Soprattutto quando il proliferare delle norme penali nelle leggi speciali offusca la sistematica e la relazione dei reati che invece è evidente in due articoli contigui del codice penale.

In questo caso relativamente facile comunque il criterio di specialità risolve in senso opposto il problema, evidentemente un problema di interpretazione; lo risolve chiarendo che non si pratica il cumulo delle pene e dicendo quale delle tre si applica, appunto la pena prevista dalla norma speciale sulla rapina. I penalisti dicono inoltre che in questi casi il reato speciale è *necessariamente* complesso e parlano, con una terminologia non sempre costante, di consunzione e assorbimento. Anche la Cassazione, nella sentenza sopra citata usa la parola assorbimento, e sembrerebbe unirsi dunque a quanti fanno coincidere assorbimento e specialità, ma si può naturalmente sospettare che il termine nella sentenza sia usato senza specifico impegno teorico.

Il caso del reato necessariamente complesso mostra cosa può fare sul piano sintattico il legislatore che vuole rendere chiaro il rapporto di specialità tra due norme: per furto e rapina si usano le stesse parole, rendendo chiaro già a livello sintattico che si tratta di specialità.

Quando nella formulazione della fattispecie non ricorrono gli stessi termini, intervengono ulteriori difficoltà di interpretazione della specialità a rendere problematica la *consunzione* come avviene (rimaniamo negli esempi di scuola) per i rapporti tra rapina con incapacitazione e sequestro di persona:

Art. 628 c.p. Rapina (comma 3° n. 2)

“La pena è della reclusione da 4 anni e 6 mesi a 20 anni e della multa da euro 1032 a euro 3098: [...] 2) se la violenza consiste nel portare taluno in stato di incapacità di volere o di agire”.

Art. 605 c.p. Sequestro di persona

“Chiunque priva taluno della libertà personale è punito con la reclusione da sei mesi a otto anni”.

Qui il problema addizionale, che non sorge nei rapporti tra rapina e furto, è che molte parole chiave non compaiono in ambo le disposizioni, dunque bisogna decidere interpretando se “portare taluno in stato di incapacità di volere o di agire” è una istanza di “privazione della libertà personale”, cioè se l’intensione delle due espressioni ha quegli elementi semantici comuni che fanno sì che l’estensione della seconda espressione si sovrappone in qualche modo alla estensione della prima. Come si vede la differenza tra intensione ed estensione è sottostante ad ogni tentativo di interpretare le parole del legislatore.

Mi sembra di poter dire già a questo punto che i problemi della specialità penalistica non sono logici ma semantici, attinenti all’accertamento del significato delle parole e delle frasi impiegate nella formulazione delle norme e anche della metanorma che è l’art. 15 c.p., e alla determinazione dei relativi rapporti (semantici come si è visto). I problemi non sono peraltro esclusivamente semantici perché concernono anche l’uso che si fa di questi significati una volta accertati, per costruire una teoria delle rilevanza (i caratteri devono essere particolarmente qualificanti come dice la Cassazione) ai fini della specialità. Solo considerando i termini come già interpretati, cioè i problemi semantici come già risolti, si può trattare la specialità come un problema di sintassi e di logica. A ben vedere i cerchi più o meno concentrici di cui parla la Cassazione non sono cerchi affatto, prima che si sia arrivati alla soluzione interpretativa. Inoltre a ben vedere quasi certamente non sono cerchi neppure dopo. Ci troviamo di fronte in realtà alle tipiche situazioni di incertezza intensionale/estensionale caratteristiche in particolare del linguaggio ordinario, in cui tutti i margini e anche larghe parti delle aree semantiche intensionali ed estensionali sono indeterminate o controverse. Come dice Hart¹³, abbiamo sempre

¹³ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, nuova ed. con un poscritto dell’A., Einaudi, Torino, 2002, Cap. VII Formalismo e scetticismo sulle norme, spec. § 1 La struttura aperta del diritto, p. 146 ss.; ID., *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, *Univ. of Penn. Law Rev.*, Vol. 105, 1957, p. 953 ss.

più o meno ampie aree grigie o margini di incertezza nel significato dei termini giuridici che introducono parimenti margini grigi nella norma complessiva. Quei rassicuranti nitidi cerchi devono essere sostituiti da aree sfumate di confine che non si sa bene dove inizino e finiscano. *Questo* è un problema tipicamente semantico che rende in ogni caso difficile rispondere alla domanda se e perché una interpretazione sia creativa e in molti casi rende controverso il rapporto di specialità.

Altre distinzioni e concetti marginali della teoria della specialità penalistica, dalla valenza teorica peraltro un po' incerta, mi sembrano anch'essi un segno e un risultato della scarsa attenzione della teoria per la distinzione parole/significati. Quando al *criterio di sussidiarietà* non mi è facile distinguerlo dalla specialità e dalla consunzione; salvo che la sussidiarietà non si identifichi con la presenza esplicita delle clausole come "salvo che non costituisca più grave reato" e simili (la c.d. *sussidiarietà esplicita*), e quindi si presenti come un caso speciale di specialità legato all'aspetto sintattico delle disposizioni. Quanto alla *sussidiarietà implicita* la mia impressione un po' sommaria è che si tratti di casi difficili in cui non ci sono parole chiave che si ripetono nelle disposizioni delle due norme in questione per cui il giudizio di specialità risulta più problematico e si fonda tutto sulla interpretazione dei significati di formulazioni e in particolare di parole all'interno di quelle formulazioni. Una volta che abbiamo tenuto conto del fatto che un nesso di specialità richiede di prendere in considerazione la distinzione parole/significati (disposizioni/norme), mi sembra plausibile alla fine che la sussidiarietà debba rientrare nel quadro del concetto di specialità, se definita come la presenza di una fattispecie caratterizzata dalla aggiunta di ulteriori proprietà nell'intensione e conseguentemente da una estensione più ristretta.

Altra cosa che non ha, secondo me, una collocazione teorica molto chiara nei discorsi giuridici è la distinzione tra le nozioni di reato *eventualmente* e non *necessariamente* complesso, che guarderebbe ai nessi funzionali tra i fatti singoli considerati e non tra le relative fattispecie astratte; questo approccio però mi sembra di scarsa compatibilità con il principio di legalità, e può sembrare semplicemente un argomento per disapplicare le norme (generali) sul cumulo delle pene al momento della loro applicazione a un fatto specifico.

In conclusione quando i penalisti e in genere i giuristi in questa discussione parlano di logica non possono veramente rifarsi alla sola logica visto che un giudizio di specialità dipende dal significato degli elementi della norma e quindi dalla sua semantica.

3. *La specialità in diversi tipi di linguaggio*

Sono arrivato a due terzi del mio discorso e non ho detto ancora quasi nulla sul problema posto all'inizio: come affrontare un problema di significato in un discorso/linguaggio giuridico in modo che possa gettare qualche luce sul problema della specialità? Questa è la chiave del processo interpretativo e quindi del problema proposto nel titolo di questo scritto sull'atteggiamento più o meno creativo della giurisprudenza anche in materia di specialità. Al centro del problema c'è il linguaggio, come sempre, perché questa è la natura del materiale di cui è fatto il diritto, è uno degli strumenti basilari di cui necessariamente si servono e quindi su cui necessariamente si basano i rispettivi poteri di creazione delle leggi generali e della loro applicazione. Può essere utile sfoderare un vecchio strumento del filosofo del diritto e comparare il diritto con altre scienze o discipline, chiedendoci con che tipo di linguaggio abbiamo a che dare.

La risposta del giurista riguardo al principio di specialità dovrà essere diversa o meno dall'approccio del linguista ai discorsi delle lingue naturali? E che dire delle scienze e del linguaggio delle scienze? Può il modello delle scienze e specialmente delle scienze empiriche offrire un modello utile per il diritto e la giurisprudenza. O è sufficiente che il giurista e il giudice si rifacciano senza argomenti alla propria "naturale" (cioè ordinaria) intuizione linguistica?

È necessario a questo punto dire qualcosa sulla base di fatto delle affermazioni sul linguaggio giuridico. A mio avviso infatti il compito principale di una teoria semiotica nel diritto non è quello di suggerire mezzi interpretativi sinora ignoti ai giuristi, soluzioni che sarebbero comunque campate per aria, ma di rendere i giuristi consapevoli della natura e dei limiti degli strumenti linguistici che usano, specialmente della natura e dei limiti degli strumenti della lingua naturale e del linguaggio ordinario.

Il metodo usato dalla linguistica semiotica per studiare e descrivere le lingue naturali è quello fondamentale della semiotica moderna post-saussuriana della opposizione semantica, e la sua base fattuale è la sensibilità linguistica o intuizione linguistica che i parlanti hanno verso la propria lingua naturale e i discorsi composti con essa. La lingua esiste nella testa di chi la parla, ovvero, per così dire, nella testa collettiva del gruppo linguistico, composto da singoli che hanno appreso la stessa lingua e la mantengono coordinata e convergente nella interazione quotidiana. Il metodo della opposizione o distinzione è semplicemente la differenza di ciascun elemento linguistico e combinazione di es-

si dagli elementi prossimi. Distinguere un albero da un arbusto ad esempio mette alla prova non la realtà botanica ma la nostra sensibilità linguistica, per vedere dove le rispettive intensioni pongono i confini nell'uso di questi due termini di classe, cioè delle loro estensioni, dove si oppongono e dove invece si sovrappongono e si confondono. La distinzione varia a seconda delle lingue e anche a seconda dei gruppi di parlanti all'interno delle lingue naturali. Ovviamente i confini non sono (interamente) casuali ma sono (anche) il frutto dell'uso e funzione del linguaggio ordinario e delle lingue naturali come mezzo di comunicazione di base. Si può dire dunque che le lingue siano formate sulla base della esperienza e delle esigenze della comunicazione quotidiana. Questa esigenza fondamentale che la lingua soddisfa permette, per quel che sappiamo, infinite varianti ma richiede che i significati siano comunque comuni o condivisi.

Da questo accenno è già evidente che il linguaggio dei giuristi risponde a questo modello solo per la sua parte più semplice. Ce lo ricorda anche il passaggio sopra citato dalla sentenza della Cassazione.

Forse sarebbe bene a questo proposito riesumare la distinzione tra *alta e bassa dogmatica*. Possiamo ridefinire la bassa dogmatica come quella in qualche modo basata ancora sulle intuizioni linguistiche dei cultori del diritto; in qualche modo quindi tratta ancora i discorsi giuridici come formati dalla lingua ordinaria e basati sostanzialmente sul senso ordinario delle parole. Ma quando incontriamo i problemi più complessi, come nel nostro caso della specialità, i tentativi di soluzione vanno molto oltre l'intuizione linguistica dei giuristi come parlanti la loro lingua naturale, sia pure del modo in cui di fatto parla un gruppo speciale e specializzato di parlanti. Così anche i tentativi di comprendere e teorizzare sulla specialità a questo punto devono andare oltre l'analisi della comunicazione di senso comune.

A riprova anche il fatto che metodi di rilevazione e analisi delle sfumature linguistiche usati dai linguisti oggi non sono certo usati dai giuristi positivi e farebbero uno strano effetto se usati nel tentativo di comprendere il linguaggio del legislatore o della giurisprudenza o della dottrina. La ragione è che non si tratta di operare, come mira la linguistica dei linguisti, una rilevazione più precisa delle sfumature e delle varianti negli usi di fatto di una lingua naturale negli individui e nei gruppi. Con il passaggio alla alta semantica si passa ad un tipo di argomenti interamente diverso, che potremmo chiamare scientifici, dove meno importanza riveste l'uso normale e intuitivo dei termini e del linguaggio. L'aspetto normativo diventa più importante, il fatto che vengono richieste teorie e concetti accettabili (in qualche senso) piuttosto che quelli di

fatto diffusi. Diventa dunque anche più importante la possibilità di commettere errori teorici, non solo da parte dei teorici che teorizzano, ma anche da giudici e legislatori; che presuppongano ad esempio errate considerazioni sul funzionamento della logica e del linguaggio, specialmente errori di semiotica che riguardano immediatamente l'interpretazione.

Per andare oltre tali limiti, per produrre un linguaggio "più potente" (esso viene anche chiamato "tecnico") che vada dove il linguaggio ordinario non può spingersi, occorre ricorrere, in alta dogmatica, a una concettualizzazione "pesante", non più mutuata dal linguaggio ordinario.

Il modo in cui la giurisprudenza e la dottrina penalistica cercano di risolvere il problema della specialità e di interpretare articoli come l'art. 15 c.p. è a mio parere un esempio tipico di alta dogmatica: come tale pone tutti i problemi addizionali di interpretazione e di linguaggio cui accennavo e solleva il problema se le teorie a cui ci si affida siano giuste o sbagliate. Dobbiamo infatti risolvere il problema del significato dei termini teorici impiegati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per fondare i propri giudizi interpretativi. In questi casi il problema del significato non è un semplice problema di definizioni, ma di individuazione della teoria di cui i concetti in questione sono parti integranti. Si è costretti a dire che in genere lo strumentario concettuale della giurisprudenza, sul piano semiotico, non è la soluzione del problema, ma una parte di esso. Questo vale anche per la giurisprudenza e la dottrina penali, che ci dovrebbero fornire non solo soluzioni linguistiche e teoriche ma anche i criteri secondo cui valutare tali soluzioni. È il problema di come operi il metodo giuridico ovvero della natura o fondamento della teoria giuridica.

La terminologia della dottrina sull'argomento è complicatissima e talora immaginifica, ma dobbiamo concludere che si tratta largamente di metafore non ulteriormente analizzate e spiegate. Certamente i suoi rapporti con il comune sentire linguistico non possono essere decisivi: per dirla brutalmente, nessuno fuori dalla cerchia degli studiosi capirebbe di cosa parlano i penalisti quando teorizzano di specialità. Dobbiamo perciò esaminarne la semiotica non come esaminiamo una lingua naturale che conosciamo già, ma come esaminiamo il linguaggio di una scienza; qualcosa di molto diverso dalla semiotica di una lingua naturale.

In una scienza non basta descrivere come gli scienziati di fatto parlano, quello che i giuristi chiamano la miglior dottrina; la teoria giuridica, se ha da essere una scienza, non può essere la ricostruzione della lingua dei giudici e tanto meno degli studiosi; le premesse metodologiche degli argomenti devono essere accettabili perché la discussione possa avere un senso e la scienza possa

funzionare. Se non viene detto cosa può contare come soluzione (metodo), naturalmente le controversie si eternizzano perché non ci sono criteri di soluzione. La scienza, se è scienza, dovrebbe fornire dei criteri di soluzione che convincano tutti gli adepti. Se non lo si fa non c'è soluzione possibile, solo diatribe. La teoria giuridica anch'essa deve fornire ragioni; quando propone teorie e costruzioni concettuali deve presupporre un metodo per scegliere tra di esse.

A questo punto possiamo cercare ispirazione e somiglianze per risolvere i problemi di interpretazione non più nella analisi semiotica del linguaggio ordinario, ma in quella delle scienze empiriche. Non per operare riduzionismi, già miseramente falliti nel passato, ma perché le scienze empiriche oggi sono l'esempio paradigmatico del successo di un linguaggio dominato non dall'uso ma dal metodo cioè *costruito* per uno scopo. Il problema interpretativo e teorico che abbiamo esposto nel paragrafo precedente è particolarmente adatto per un simile confronto. Si tratta di vedere dal confronto con le scienze empiriche della natura come può operare in diritto il meccanismo mentale e semiotico della specialità giuridica o di eventuali diverse specialità giuridiche; non di assumere che esso debba essere identico a quello delle scienze empiriche. Di certo in entrambi i casi nessun semplice riferimento alla realtà delle distinzioni tra individui è sufficiente, di certo non basta nessuna metafora di presunta illustrazione di rapporti logici: alla descrizione della realtà le scienze pervengono mediante una complessa interazione di considerazioni teoriche e osservazioni empiriche.

L'esempio delle scienze empiriche è particolarmente calzante per il mio argomento: in tali scienze il principio di specialità ha un posto centrale in quanto la capacità di generalizzare e distinguere è ovviamente uno degli strumenti fondamentali di ogni tipo di descrizione e spiegazione empirica. Le scienze empiriche moderne hanno risolto in modo soddisfacente il problema della specialità nelle loro teorie: tutte utilizzano il rapporto genere/specie. Forse possiamo trarne qualche lezione anche per la teoria nel diritto penale, *mutatis mutandis*. L'esempio più prossimo e istruttivo è dato forse dalle scienze biologiche che ci mostrano anche l'evoluzione da una classificazione a una spiegazione: a partire dalla classificazione botanico/zoologica inaugurata dal grande botanico Linneo nel Settecento. Viene tracciata una struttura concettuale ad albero che ordina tutte le specie viventi, in cui si procede per genere e differenza specifica, dal semplice al complesso. Ogni specificazione comporta l'applicazione del principio di specialità, le specie condividono con il genere di cui fanno parte tutte le caratteristiche generiche e se ne distinguono per i caratteri speciali o specifici. Il converso è l'ereditarietà di descrizioni e spiega-

zioni, i caratteri comuni sono condivisi da tutte le specie dello stesso genere e così via. La terminologia classificatoria viene adattata alle esigenze della teoria. In un primo tempo, la teoria si basava sulla morfologia delle somiglianze e differenze interne ed esterne tra le specie vegetali e animali, informalmente rilevate dall'occhio dell'esperto (un po' come fa attualmente la Corte di Cassazione); ovviamente questo dava luogo a infinite controversie non risolvibili sulla importanza di somiglianze e differenze. Generi e specie non sono determinati dalle abitudini linguistiche e dalle parole usate nel linguaggio comune, ma dalle conoscenze specialistiche degli studiosi. Manca però ancora una teoria dei generi e specie.

La teoria dell'evoluzione produce un gigantesco progresso esplicativo rispetto alle faticose e controverse classificazioni morfologiche della biologia pre-darwiniana perché fornisce una teoria delle differenze rilevanti tra individui, quindi dei generi e delle specie una spiegazione del perché certe differenze contano a individuare una specie ed altre no¹⁴. Mentre prima avevamo una collezione di particolarità contingenti e relativamente soggettive in cui tutto o quasi avrebbe potuto essere ordinato e subordinato diversamente, per cui la scelta di attribuire un individuo a una specie risultava alla fine una decisione opinabile della importanza di un cumulo di differenze e somiglianze in ciascun individuo, basata sulla valutazione soggettiva, per quanto "tecnica" cioè fondata sulla conoscenza approfondita di molti individuali campioni di piante e animali, con Darwin acquista una ragione/spiegazione, le specie sono classificate secondo la spiegazione del processo biologico e storico della speciazione mediante la selezione ambientale e sessuale. La ipotesi e teoria della selezione naturale spiega perché e in che limiti i generi e specie biologiche si assomiglino e differiscano e ci dice perché e in che misura le specie ereditino le caratteristiche comuni al genere e come e perché intervengono caratteristiche specifiche; dice quali tra le infinite differenze tra individui e specie contano o non contano, sono rilevanti o meno per costruire l'albero delle speciazioni. Ci dice (per riprendere la terminologia della Cassazione) perché alcune somi-

¹⁴ Il fatto che queste relazioni di specialità siano fondate su una teoria e non sui meri fatti bruti non significa pertanto che queste caratteristiche non siano obbiettivamente presenti. La lezione della continuità della individui e della natura teorica della distinzione di specialità è l'argomento seminale e fondativo dell'evoluzionismo in Darwin, nel momento in cui egli si dispone a considerare tutte le varietà (di piante e animali) come "specie incipienti": v. C. DARWIN, *On the Origin of Species, by Means of Natural Selection, or The Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, John Murray, London 1859, cap. 3. Cito dalla versione online del Project Gutenberg basata sulla prima edizione.

glianze sono *qualificanti* e altre no. Nella scienza l'intuizione linguistica e le abitudini linguistiche non contano; il linguaggio è uno strumento che viene plasmato e formulato per esprimere nel modo migliore le conoscenze scientifiche, è parte di una teoria.

Una scienza opera dunque molto diversamente da senso comune e lingua ordinaria analizzati dalla semiotica linguistica, anche se alla fine dal punto di vista logico il rapporto tra generi e specie che ne risulta può essere lo stesso. La presenza dello stesso meccanismo logico produce una illusione ottica determinata da una mancata riflessione circa il modo in cui il linguaggio funziona a monte della logica. Una scienza costruisce le proprie categorie classificatorie secondo una esigenza di spiegazione della realtà mediante una teoria retrostante che è una costruzione linguistica dotata dell'opportuno significato; invece l'analisi semiotica delle abitudini della lingua ordinaria individua gli elementi nei discorsi quotidiani, attraverso la analisi semiotica opposizionale che serve a rilevare la sensibilità linguistica dei parlanti. In questo ultimo caso l'oggetto di analisi, il fatto rilevante, è la lingua stessa. La ragione per cui ci interessiamo della lingua non è perché dica bene le cose, ma perché esiste ed è di fatto parlata da tutti coloro che la parlano; perché la funzione essenziale della lingua ordinaria è esserci, come mezzo comune e basilare per comunicare (lingua materna).

Dove sta la giurisprudenza in questa alternativa? A mio parere il linguaggio del diritto non è né da una parte né dall'altra, non è né scienza empirica né lingua naturale, pur avendo importanti somiglianze con entrambe. Non ho lo spazio per svolgere questo argomento, che ho cercato di esporre altrove¹⁵. Se la diversità del linguaggio del legislatore da quello di una scienza è piuttosto ovvia, a mio parere essa vale anche per la scienza del diritto, la c.d. dottrina. Dobbiamo dunque trovare un modo alternativo per fondare le costruzioni dottrinali e per decidere le questioni dottrinali e torniamo a chiederci se esiste un metodo o una fondazione della teoria giuridica o di ciascun ramo della teoria giuridica ovvero una spiegazione, che possa svolgere la stessa funzione di quella accolta dai biologi e applicata alle classificazioni botaniche e zoologiche a cui i penalisti possano rivolgersi, per esempio, per costruire una teoria e fare l'equivalente della zoologia, mettendosi d'accordo

¹⁵ V. per esempio, M. JORI, *Definizioni legislative e pragmatica giuridica*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale: omnis definitio in iure periculosa?*, (a cura di A. Cadoppi), Cedam, Padova 1996, p. 55 ss.; e da ultimo, ID., *I giudici creano diritto?*, <http://www.statocchiese.it>.

sul perché qualcosa è speciale rispetto a qualcosa d'altro. Trattata come scienza, la cosiddetta scienza giuridica come oggi è praticata ha un grave difetto perché la dottrina, e in misura minore la giurisprudenza, formulano complessi concetti e ingegnose costruzioni concettuali, ma non sono poi in grado di dire su che cosa li fondano e quindi su cosa li misurano. La presenza di metafore non spiegate nei punti centrali e fondamentali degli argomenti è un sintomo di questa debolezza. Palesemente non si dispone di un criterio metodologico sufficientemente preciso per scegliere tra le diverse soluzioni; sono spesso criteri vaghissimi, talora circolari, basati sulla tradizione e la accettazione di fatto da parte della "miglior dottrina" o dalla "giurisprudenza più autorevole". Ci troviamo, per così dire, in una situazione pre-darwiniana o se vogliamo pre-galileiana. Il caso della specialità nella dottrina penalistica lo illustra anche troppo bene.

Ci troviamo dunque di fronte a diversi e incompatibili modelli di teoria sulla specialità nel diritto penale i quali a loro volta vengono talora ascritti a diversi approcci teorici più ampi che vengono talora presentati anch'essi come incompatibili e in alternativa. Se ne incontrano soprattutto tre, che sembrano differire principalmente per l'importanza data a tre variabili: il primo (normativo-strutturalistico, forse con una variante normativo-ontologica) sembra dare importanza alla struttura della norma penale; il secondo (naturalistico) al modo d'intendere la qualificazione giuridica degli eventi naturali e dei comportamenti umani; e il terzo (teleologico) ai valori o agli interessi che si ritiene siano espressi e tutelati dalle norme giuridiche. Ciascun approccio, a ben vedere, si traduce in premesse generiche che lasciano ampi margini di scelta agli studiosi e agli applicatori del diritto, propone dunque criteri minimamente costrittivi e non si vede comunque dove si trovino i criteri di metodo che permettano di scegliere tra essi.

Le teorie proposte sfociano dunque, per la specialità, in un ginepraio di termini teorico-generalisti, di solito lasciati senza ulteriore definizione. Così molti disaccordi di fondo che circondano il concorso apparente di norme rimandano probabilmente a divergenze a livello di concezione del reato. Alcuni problemi sono già stati menzionati; li riassumo qui tutti insieme. Le principali questioni teoriche specifiche su cui non c'è accordo sono: 1) quali sono le norme a cui si applica il criterio di specialità: qualsiasi norma penale, solo norme incriminatrici, solo norme non eccezionali? 2) il criterio di identificazione di tali norme: i penalisti, in genere, si limitano a dire che può esserci concorso apparente solo tra norme che appaiono *prima facie* (intuitivamente?) tutte applicabili; 3) la rilevanza del fatto di reato: i penalisti si dividono tra

“specialità in astratto” (a livello di fattispecie) e “specialità in concreto” (sul piano dei fatti); 3) la natura del fatto rilevante: la tesi maggioritaria è che vi possa essere concorso solo se il fatto concreto è unico ma potenzialmente sussumibile sotto più norme, altri sostengono che vi possa essere concorso anche se vi sono più fatti concreti cronologicamente separati; nel primo caso è discusso il criterio per stabilire l’unicità del fatto concreto: è ad esempio incerto se sia sufficiente la condotta; 4) il significato di ‘stessa materia’: secondo le interpretazioni più accreditate, ‘materia’ sta di volta in volta per oggetto giuridico, situazione concreta, quadro di vita, bene protetto, fatto; qualcuno spiega che “stessa materia” esprime le condizioni di esistenza della convergenza apparente tra norme di cui al numero successivo; 5) il significato specifico di specialità di cui all’art. 15 c.p.: in dottrina si distingue tra specialità unilaterale e bilaterale o reciproca, e specialità per aggiunta e per specificazione e non è chiaro a quali di questi tipi di specialità si riferisca il codice penale con l’aggettivo ‘speciale’; 6) il legame tra il requisito della stessa materia e il criterio di specialità: c’è chi ragiona in maniera unitaria riducendo il primo al secondo o viceversa il secondo al primo (almeno secondo i suoi critici) e chi tiene distinti i due profili; 7) la clausola finale (“salvo che sia altrimenti stabilito”): si discute se possa essere inteso come una deroga a favore del concorso formale o al criterio di specialità o un rinvio generale a criteri di risoluzione del concorso diversi da quello di specialità, che secondo alcuni sarebbero, ad esempio: sussidiarietà, consunzione, assorbimento, prevalenza, accessorietà e così via. A questo proposito talvolta ci si richiama alle clausole di riserva della parte speciale, a loro volta distinte in clausole determinate, assolutamente indeterminate e relativamente indeterminate; 8) la distinzione tra ‘legge’ e ‘disposizione di legge’: in questo caso dietro alle varie posizioni teoriche vi possono essere nozioni diverse di norma penale (cosa sia una norma completa o compiuta) e diversi modi di concepire l’ordinamento.

Non posso addentrarmi nel ginepraio, eccetto che per fare ancora una osservazione sulle teorie che fanno riferimento al “concreto” piuttosto che all’astratto o all’eventuale piuttosto che al necessario (giuridicamente necessario). Tutte le teorie infatti vanno confrontate con il “concreto” delle applicazioni normative, in questo caso la realtà del cumulo delle pene ai comportamenti ipotetici e alla fine concreti delle persone: il luogo dove questo avviene fisiologicamente è la pratica giurisprudenziale. Ma nessuna teoria della specialità penale dovrebbe, a mio parere, interpretare l’art. 15 c.p. come l’obbligo di considerare la specialità caso per caso, perché ciò comporterebbe ridurre l’art. 15 a un travestimento del principio di equità, della soluzione caso per caso, e

gravemente riduttivo, a questo livello ordinamentale, del principio di tassatività.

Piuttosto, la ricerca del concreto può essere intesa come una descrizione di come si comporta la giurisprudenza in questo campo, quando la interpretazione deve essere creativa per mancanza di determinazione della legge, dunque come una descrizione dell'operato giurisprudenziale che in mancanza di criteri precisi di rilevanza della specialità, cioè di una teoria dei generi e delle specie, opera alla fine applicando un certo criterio di giustizia con un occhio al mantenimento delle pene alla proporzionalità prevista dalla sistematica dei reati e relativi valori.

Come filosofo del diritto ho il dovere di pormi domande più radicali di quante trovino posto in una sentenza, sia pure della Cassazione. In conclusione mi chiedo se è proficuo continuare in questi argomenti così sottili con teorie e concetti fondati su criteri di valutazione così oscillanti, incerti e poco stringenti. Non sono tra quei filosofi del diritto che ritengono di poter considerare *a priori* gli sforzi della dottrina giuridica come un esercizio di inutile o dannosa superstizione e gli sforzi della giurisprudenza come basso espediente. Li guardo invece con ammirazione un po' esasperata, ammirando il riferimento ad una esperienza sconfinata di casi che muove ogni soluzione. Vorrei riproporre per descriverli la metafora iniziale degli architetti o degli ingegneri. Gli architetti delle grandi cattedrali gotiche medievali non possedevano una scienza delle costruzioni dei materiali e relativo calcolo. Costruivano per esperienza e tentativi. Il Nord Europa è costellato dalle grandi cattedrali gotiche, i risultati meravigliosi dei loro sforzi empirici, pratica senza teoria. Lo stesso mi pare accada per le teorie dei penalisti e della giurisprudenza penale. Tuttavia il visitatore che vada a Beauvais trova la cattedrale Saint-Pierre de Beauvais, la più alta di tutte, che è però solo una parte (il coro) del primitivo progetto. Il primo crollo del coro, troppo audace, si ebbe nel 1248. Altri crolli nei secoli successivi fecero sì che il progetto originario rimanesse per sempre incompiuto e l'edificio è rimasto precario. Così anche la scienza giuridica va benissimo in una serie di compiti, dà grandi risultati di sistemazione e chiarificazione, inquadrata e sostenuta dalle esigenze e dalle lezioni della prassi e dalla forza di convinzione della autorità del precedente e del giudicato, ma nei casi più complessi rischia di fallire per mancanza di una teoria decorosa dell'interpretazione e del linguaggio. Nel caso del principio di specialità penale manca soprattutto e più gravosamente la consapevolezza della natura semantica e non esclusivamente logica del principio di specialità. Ci si rende conto del problema della rilevanza delle proprietà o caratteristiche su cui basare la specialità,

ma ci si ferma a questo punto, producendo una tipologica di specialità diverse che non appaiono fondate su una chiara consapevolezza di cosa sia un rapporto di specialità. In altre parole si stanno costruendo archi immani senza aver calcolato la possibilità dei materiali e delle strutture.

Tutti i professionisti del diritto oggi sono d'accordo sul fatto che la teoria del diritto, sia essa praticata dalla dottrina o dalla giurisprudenza giudiziaria, debba essere una teoria del diritto *positivo*. Beninteso neppure questa è una scelta basata sulla natura delle cose, ma una scelta fondamentale di politica del diritto. Nel nostro diritto ciò significa far riferimento soprattutto alla legge, che include ovviamente la Costituzione della Repubblica. Neppure produrre tesi di dottrina giuridica è conoscenza esterna di un diritto interamente già formato, ma partecipazione alla sua creazione. Studiare il diritto non vuol dire esaminare un individuo biologico o una specie indipendenti dalle nostre azioni, ma partecipare a un coro, e partecipando contribuiamo a determinarlo, in misura più o meno piccola. La dottrina giuridica, a mio parere, non può porsi come contemplazione esterna di una realtà data. Fa parte integrante invece dell'attività giuridica, indispensabile ausiliario di giurisprudenza e legislazione. Descrive il diritto e spesso lo muta. Quello che la dottrina o la giurisprudenza propongono in più è spesso molto utile ma è da considerare appunto una proposta, una attività di intervento e partecipazione normativa. È una partecipazione all'esercizio del potere giuridico negli spazi interstiziali lasciati aperti dal legislatore. Anche se alla teoria giuridica poniamo l'obbligo di non creare il diritto in base alle opinioni personali di chi la pratica, rimane questa sua natura interna alla pratica giuridica.

Rimane altrettanto vero che essa è limitata dalla realtà dei fatti e specialmente dei mezzi di cui si serve il diritto, il linguaggio.

La mia personale posizione è che questo inevitabile potere non andrebbe esercitato sotto mentite spoglie, come la scoperta di un mondo prestabilito di verità giuridiche che non ci sono, ma come proposta normativa per la soluzione di problemi di coerenza, completezza e comprensione ed equità del diritto che c'è. Come partecipazione a un'opera complessivamente prescrittiva e politica che è il diritto; quindi non un lavoro scientifico-neutrale e descrittivo ma neppure arbitrario perché inserito in un complesso non insensato di norme e metanorme, in una organizzazione a sua volta retta da norme, come l'apparato giudiziario, in una tradizione come la cultura giuridica di cui dovrebbe avere tenuto conto il legislatore nel fare le leggi. Il fare politica del diritto inevitabile per i giudici non è la usurpazione del potere legislativo. E come tale andrebbe giustificato, cercando il più possibile di distinguere tra quanto è rico-

gnitivo e quando è propositivo.

Il compito, come io lo vedo, della dottrina e della giurisprudenza, non è di scoprire realtà che nel diritto positivo com'è non esistono, ma di risolvere problemi che nel diritto positivo ci sono anche troppo. Nel problema di meta-interpretazione affrontato, ad esempio, c'è il problema posto dal codice Rocco del cumulo spropositato delle pene che si otterrebbe per certe azioni che *prima facie* intersecano varie figure di reato. Per la dottrina si tratta di offrire soluzioni concettuali che abbiano sufficiente generalità e sufficiente aggancio nelle norme positive e che non siano interamente *ad hoc* rispetto ai singoli casi, basate esclusivamente su concetti vaghi e mera copertura della mancanza di criteri costanti. Se questo rimedio non è possibile interpretando la legislazione, a mio avviso è preferibile (ammetto che è una debolezza illuministica) rispettare il linguaggio normativo per quello che può fare e non fare e ammettere talora che le norme generali incluse le metanorme non sono in grado di risolvere tutti i problemi.

In un linguaggio amministrato come quello del diritto, le soluzioni non vengono in ultima analisi dalla scienza ma dal potere. Nel nostro particolare sistema costituzionale le soluzioni ultime non vengono dalla dottrina o dalla giurisprudenza ma dal legislatore; quando il legislatore non è contento della propria giurisprudenza e della propria dottrina ha un rimedio e un onere, rifare le leggi. La storia del diritto contemporanea è segnata da una continua dialettica tra legislazione giurisprudenza e dottrina. La giurisprudenza incapace nei problemi e interpreta, la dottrina sistematizza collega e distingue e interpreta e il legislatore alla fine recepisce o respinge con soluzioni normative di cui si figura, con maggiore o minore realismo attenzione e competenza giuridica, la futura interpretazione. Anche le metanorme sulla interpretazione altro non sono che metanorme e quindi fonti. E possono essere riscritte. Per esempio per farle più elastiche o al contrario più stringenti e lasciare meno o più agio (arbitrio) interpretativo modificando così la distribuzione di potere giuridico tra legislatore e giurisprudenza o amministrazione (potere semiotico). Un legislatore che non tenga conto della realtà, specialmente del funzionamento dello strumento semiotico che è il suo materiale di costruzione, non otterrà i risultati a cui mira. Perché alla fine il linguaggio del diritto non è né lingua ordinaria né un discorso scientifico, è un oggetto *sui generis* basato sul principio di autorità che controlla anche il linguaggio giuridico; che è finalizzato al controllo collettivo dei comportamenti tramite parole e coazione¹⁶.

¹⁶ Come dice benissimo S. Civitarese, *op. cit.* p. (dattilo) 7 rifiutando di risolvere un gruppo

Spero di aver mostrato anche che i problemi della interpretazione connessi al problema della specialità non sono solo problemi atomistici e puntualistici (microinterpretazione), cioè di interpretazione della singola disposizione giuridica e dei suoi termini.

È risultato evidente ai miei occhi che la interpretazione dell'art. 15 c.p. tocca problemi ordinamentali e di struttura delle fonti. Cosa del resto ovvia quando abbiamo a che fare con norme sulla interpretazione, come in questo caso l'art. 15 c.p. Anche è evidente ai miei occhi che la interpretazione della metanorma e del principio da essa espresso è un vero e proprio intervento di larga portata sulle fonti del diritto, cioè è una metanorma ordinamentale o strutturale, perché a seconda di come la interpretiamo, verranno diversamente interpretate molte altre norme dell'ordinamento, modificando il modo in cui norme o disposizioni diverse si applicano allo "stesso" caso o subiscono la "consunzione"; ovvero la successione di certe norme nel tempo, con la loro abrogazione o modifica. Come tale una modifica di queste norme è un compito delicato e difficile, avvenga essa attraverso l'intervento di un legislatore dal piglio napoleonico ovvero nella zona di penombra lasciata da una legislazione vaga o basata su teorie approssimative del fenomeno semiotico regolato, attraverso la accrezione giurisprudenziale e la funzione nomofilattica delle corti supreme. In uno spirito illuministico, la mia posizione politica è che sarebbe bene compiere queste operazioni a livello di normativa generale e con migliore conoscenza degli strumenti linguistici e semiotici.

L'interpretazione è una fonte del diritto, che opera irrimediabilmente al momento di creazione delle norme giuridiche, ma non solo, ad ogni livello dell'ordinamento, incluso naturalmente il momento della legislazione e quello di applicazione delle leggi ai casi concreti da parte della giurisdizione. Proprio come ha affermato quasi un secolo fa Hans Kelsen con la sua abituale cristallina chiarezza; nel suo nome concludo volentieri queste pagine.

di spinosi problemi giuridici a suon di metafore: "Il punto è che molto spesso si ricorre alle metafore per coprire vuoti o difficoltà concettuali o per rivestire con apparenti soluzioni tecniche scelte di valore. Come visto, ciò che si cela dietro la metafora energetica è l'obiettivo della neutralizzazione del potere (amministrativo). Ed allora, tornando alle iniziali avvertenze, entro un'etica liberale, è questo un obiettivo desiderabile? O forse non sarebbe più desiderabile un atteggiamento volto a snidare il potere dove esso tende a nascondersi anche grazie alle costruzioni giuridiche?"

Spazio giuridico europeo

