

Un riconoscimento tardivo

Ho già avuto modo di ricordare quanto sia grande il debito dei penalisti della mia generazione, quella degli anni '20 per intenderci, nei confronti di tre maestri che hanno attraversato tutto il secolo scorso nel susseguirsi di eventi epocali, di legislazioni sottoposte a mutazioni di fondo, anche se spesso frutto di svolte interpretative, conservando, questi maestri, intatta coerenza di metodo.

Francesco Antolisei, Giacomo Delitala, Biagio Petrocelli scrutano il sistema penale preoccupati di non allontanarsi dalla traccia metodologica che conferisce unità e senso alla loro opera. Per Antolisei e Delitala si tratta dell'analisi affilata e sorvegliatissima del fatto penalmente rilevante: non a caso Delitala intitola il suo lavoro di diritto penale sostanziale più significativo *Il "fatto" nella teoria generale del reato*. E Antolisei, più analiticamente, ci descriverà in un *work in progress* affascinante *L'azione e l'evento nel reato, L'offesa e il danno nel reato, Il rapporto di causalità nel diritto penale*. Seguirà il monumentale trattato, vera e propria anatomia di quel corpo che è l'insieme delle regole

penali di un certo paese in un certo momento. Diverso, perfettamente conciliabile, però, con quello degli altri due maestri, l'approccio di Biagio Petrocelli. Certo non è mai perso di vista il regolato, ma prima viene la regola e la sua struttura. Che, per Petrocelli, è quella dell'imperativo.

Mi sono trovato in questo crocevia e ho tentato una rotta che non escludesse nessuna delle due visuali. Solo che dai primissimi esordi ho opposto alla rappresentazione della regola quale imperativo, quella del giudizio di valore. Kelsen *docet*: e così è stato per me per lunghissimo tempo. E non è che quanto a descrizione della struttura della regola abbia cambiato idea. Ma non riesco a dimenticare le parole che il prof. Petrocelli, presidente della commissione che mi conferì la libera docenza in diritto penale (gli altri due commissari erano Giuliano Vassalli ed Aldo Moro), ebbe a rivolgermi nel corso della discussione sui titoli, che era faccenda piuttosto seria ed impegnativa: «Gallo – mi disse il prof. Petrocelli – io costruisco sulla regola, lei sull'eccezione». Da grande studioso pienamente affermato a giovanissimo apprendista, da gran signore meridionale svevo – pensate, per il fisico e per il tratto di estrema cortesia, ad Erich von Stroheim ne «La grande illusione». C'è voluto molto tempo, ma, alla fine, sono riuscito a capire il senso di quel monito.

Prof. Petrocelli, allora le risposi in modo scolastico e presuntuoso: l'interpretazione può lasciare spazi non coperti, la teoria generale no. Lei replicò con un sorriso divertito e indulgente. Adesso credo di sapere che lei aveva ragione. Questo volumetto è il grazie che le dovevo.

A questo punto un pensiero riconoscente alla dott.ssa Valentina Brigandì, all'avv. Andrea Zanier e alla validissima segretaria signora Maria Defeudis, che mi hanno accompagnato nella rivisitazione di testi ai quali i miei occhi non mi permettono di accostarmi direttamente. E, naturalmente, ai valorosi amici che ho assillato con le mie prove d'autore: per tutti e in primo luogo, Nereo Battello e Gaetano Insolera. Gli sbagli sono tutti miei, quanto di buono o almeno di accettabile c'è in questo libricino è merito loro.

Capitolo I

Due punti di vista sul dato base dell'esperienza giuridica: la legge (meglio la regola o la norma) – il giudizio

SOMMARIO: 1. I termini del problema. – 2. Le ragioni della sanzione. – 3. Una pausa pedagogica, quasi autobiografica. – 4. Validità ed efficacia: dialettica e sovrapposizione. – 5. La causalità giuridica e la metafora che le sta alla base. – 6. Regole o giudizi: il potere che ne assicura validità ed efficacia.

1. I termini del problema

Un potere legittimato a creare la regola efficace in un territorio, in rapporto a determinati soggetti, *versus* il giudizio sul singolo caso concreto, rimesso a chi è deputato a risolvere la vertenza, creando una regola del caso concreto e a trarne le conseguenze. Nel secondo caso la decisione sulla singola vicenda può concernere solo la rilevanza dell'ipotesi fattuale concreta oppure cadere anche sulla scelta degli effetti ricollegati ad una certa decisione, attraverso la quale si attribuisce rilevanza ad un evento.

Nel primo caso, invece, il giudizio si inverte nella sussunzione di una ipotesi sotto lo schema proposto dalla regola. Anche qui si apre poi una duplice possibilità: gli effetti discendenti dalla sussunzione possono essere previsti dalla regola sotto il cui schema è riportata la situazione fattuale. Oppure gli effetti possono essere “creati” da chi ha realizzato l’essenziale sussunzione.

Per comodità assumiamo le due possibilità più nette: la regola prevede tanto la narrativa di ciò che condiziona certi effetti quanto gli effetti stessi.

Dall’altro lato si colloca il giudizio che attribuisce rilevanza alla condizione e al tempo stesso al condizionato.

Casi di scuola, perché in realtà gli intrecci sono spesso fitti e complicati.

Ciò che conta, ci pare, è che la scelta non è dettata, o comunque facilitata, da referenti forniti dalle proposizioni normative presenti in un determinato contesto. Chi opta per il giudizio ragiona proprio superando o comunque facendo astrazione da questi referenti: tuttalpiù arriva a considerarli come percorsi che vanno allargati o ristretti a seconda delle peculiarità della situazione oggetto del giudizio.

Per fare un esempio, è vano appellarsi alla norma scritta che prescrive la riserva di legge: i teorici del giudizio danno proprio per scontato che una siffatta barriera vale al massimo come aspirazione

di chi detiene il potere di redazione della norma, aspirazione che non è detto trovi realizzazione effettuale. Ordine di idee tutto sommato inattaccabile: non risponde però alla domanda se la regola sia una stampella del giudizio o non piuttosto una guida. Questione di limiti.

La scelta è affidata allora ad un impianto meta-giuridico – chiamiamolo pure fattuale – anche per doveroso rispetto al monito *ex facto* ... Chiediamoci quindi quale possa essere il criterio della scelta. Anche qui schematizziamo e andiamo avanti come se si trattasse di prese di posizione, avventure individuali. Nella realtà è chiaro che abbiamo a che fare con qualcosa di molto più complesso e complicato. Un clima di opinioni che, anche se molto spesso diversamente motivate, conducono ad operazioni che privilegiano il concreto sul generale ed astratto.

Naturalmente in questo clima di opinioni possono esserci anche assunzioni di fini assolutamente individuali: ci troviamo sempre però di fronte a criteri di giudizio che, privi come sono di referenti pubblici, cioè generalmente riconosciuti, si possono considerare privati, rispetto a quelli che sono senz'altro da considerare pubblici.

Se le cose stessero in tutto e per tutto in questo modo sarebbe già abbastanza irto di difficoltà convincere il giurista che bisogna guardare a criteri metagiuridici.

Come se non bastasse, il discorso si complica, per non dire che si inquina, a cagione dell'ostilità, o comunque prevenzione, che il pensiero giuridico, di questi tempi, nutre nei confronti della categoria "legge".

Pura ideologia, che contesta soprattutto la nota estrema della generalità ed astrattezza in quella regola – la legge – che affida gran parte della definizione ai caratteri, appunto della generalità e della astrattezza. Non c'è dubbio infatti che quelle che si definiscono come norme secondarie hanno contenuti più ristretti e destinatari più limitati di quelli che caratterizzano la legge.

Insomma la polemica è contro la previsione generale ed astratta a vantaggio della concretezza del giudizio: e allora si punta diritto contro quel tipo di regola per definizione più dotato dei deprecati caratteri ai quali ci si vuole sottrarre.

A questo punto un'avvertenza alla quale tengo molto.

Quale che sia la collocazione che alla legge spetta nell'architettura di un ordinamento (e potrebbe anche darsi che alla fine si debba ritenere che essa costituisca un ornamento superfluo, rococò, che è meglio eliminare per non offuscare le linee pure di un prodotto della cultura umana) non faccio i conti con questo o quel tipo di regola, ma con il concetto, e meglio sarebbe l'idea, di regola.

Le qualificazioni, le specificazioni che individuano le regole, se non sono quello che una volta

era l'intendenza ma si rivelano nella complessità delle costruzioni attuali sempre più importanti, in ogni modo, seguono.

C'è, a questo punto, da soppesare tutta l'imponente, spesso preziosa, letteratura che studia proprio come si profila la regola, la struttura della regola. Come da un tronco imponente, si dipartono tanti rami, quasi tutti frondosi e ricchi di frutti. Ma c'è il tronco: l'opzione per il comando o per il giudizio. E si intende che qui il riferimento non è al giudizio sul concreto, al giudizio processuale, bensì ad una proposizione linguistica che ha la forma del giudizio, generale ed astratto – che di giudizio poi si tratti è un'altra questione.

Comando e giudizio. Insistiamo sulla semantica “giudizio” anche se la proposizione linguistica si pone in forma assertiva e non ipotetica. Anche quando ci si limita a formule del genere “questo è proibito, questo è male”, la formula è giudizio solo se ricollega al verificarsi del proibito, del male, una conseguenza contraria all'interesse di chi ha posto in essere il proibito, il male. Se così non è, abbiamo un asserto che non esprime una regola ma una semplice verifica esistenziale o tutt'al più culturale. Tanto è vero che non è detto che il male sia un comportamento umano: può essere un evento naturale. Ed è questo che ci permette di cogliere il senso del giudizio-regola.

Se non è mera asserzione esistenziale o culturale ma vuole esser regola, ha bisogno di una coda espressa o implicita che non può essere se non una conseguenza negativa. Questa ultima è tale e non semplicemente una contromisura (un argine o un fossato a difesa) quando colpisce direttamente interessi di chi ha posto in essere il dato condizionante la conseguenza stessa.

È ovvio che questa conseguenza può atteggiarsi in modi quanto mai diversi: biasimo morale (e vedremo a quale stregua), sociale, di mera etichetta o, finalmente, il prodursi di un effetto che agisce negativamente sul patrimonio delle possibilità di fare, di agire o di rimanere inerte di colui che è destinatario della conseguenza.

Qualora la conseguenza sia soltanto il riconoscimento della non rispondenza a esigenze morali, sociali, di etichetta, il risultato è quello di una qualificazione: e allora ci troviamo in pieno imbarazzo.

Tutti vediamo infatti che una qualifica operata in termini di moralità, socialità, etichetta è niente altro che il risultato della constatazione che si è venuti meno ad un regola morale, sociale o di etichetta. Dunque il discorso che doveva chiudersi sulla struttura del giudizio-regola si apre all'infinito.

Non ci è consentita una soluzione, un punto fermo.

C'è poi un'altra difficoltà con cui fare i conti. Che ne è del giudizio svolto su parametri esclusi-

vamente tecnici: se desideri che il motore della tua automobile funzioni devi fare questo e quest' altro.

Siamo di fronte ad una distinzione quanto mai importante: quella tra obbligo e onere. Si può rispondere che, come diceva l'intelligentissimo, geniale, Carnelutti, il primo è un comando nell'interesse altrui, il secondo un comando del proprio interesse.

Ed è intuizione quanto mai illuminante ed efficace soprattutto in un'aula, di facoltà universitaria o di giustizia.

A stretto rigore però mostra qualche cedimento. Come negare infatti che è anche nel proprio interesse che ci si astiene da uccidere, violentare, incendiare.

Torniamo a questo punto alle conseguenze sfavorevoli per le possibilità di fare o di non fare da cui è colpito il soggetto destinatario di tali conseguenze.

Potranno queste conseguenze prodursi in base alla parola di chi legge e spiega che cosa è morale e che cosa no, che cosa giova e che cosa nuoce alla società, potranno infine verificarsi, alla stregua del *dictum* proferito da chi è espressamente deputato a farlo, di chi è espressamente legittimato a incidere sulle capacità di agire di terzi.

Siamo al punto di arrivo della giuridicità – con una postilla: non è dell'effettivo possesso della capacità in questione che si tratta; quel che conta è

che ad un soggetto, a un ente, ad un corpo organico, tale capacità sia attribuita.

La ragionevolezza del punto di vista adottato sarà o no confermata dai fatti: sono questi (carabinieri che bussano alla porta o creditore incalzante) che ci diranno se abbiamo operato una scelta conveniente.

Emergono insomma la sanzione e, conseguentemente, le ragioni che la sorreggono. Naturalmente si tratta di una consequenzialità non di pura e stretta cogenza logica ma di più che convincente opportunità storica.

Cerchiamo di spiegarci.

Potrebbe darsi come del tutto ininfluente interrogarsi sul perché della sanzione: questa potrebbe giustificarsi da sola.

Avremmo a che fare, quindi, con un congegno assolutamente autoreferente la cui arrogante ripulsa ad ogni spiegazione chiuderebbe ogni strada alla comprensione di un fenomeno, prodotto della cultura umana, quale è il diritto – ampliando l'orizzonte a tutto quanto chiamiamo esperienza giuridica. L'autoreferenza quasi sempre si rivela inappagante: figuriamoci poi quando sbarra il passo ad ogni spiegazione di un aspetto centrale del vivere assieme.

Non si sanziona per sanzionare e basta: si sanziona per qualche fine. Non importa cogliere la natura e il valore del fine perseguito, qui vogliamo spiegare perché si persegua un certo fine

ricorrendo ad una sanzione. Ora, alla domanda su che cosa abbia a che fare la rappresentazione di un risultato sperato con la consapevolezza che chi si opponga a tale risultato sarà sanzionato, non si può rispondere che in un modo: la sanzione è computata a giustizia, è risposta al soggetto che non si adegui al volere di un certo risultato.

La bontà di questo risultato, la idoneità della conseguenza sanzionatoria a che esso sia raggiunto o, quanto meno facilitato, è discorso estremamente serio, che va condotto lungo i binari dei singoli ordinamenti: anticipando ciò, di cui dirò, di quei complessi di regole che in un modo o nell'altro danno luogo a un tutto unico.

Adesso è il caso di renderci conto delle ragioni per cui la sanzione si addice al disobbediente.

2. *Le ragioni della sanzione*

Torniamo allo spunto che ci offre Carnelutti: l'onere-comando del proprio interesse. Vero che anche chi viola un obbligo va in definitiva contro il proprio interesse: quanto meno l'interesse a non essere bollato come trasgressore, perturbatore di un ordine, assai spesso della quiete. Vediamo però quale è la ragione per cui gli è applicabile una conseguenza lesiva delle sue possibilità di fare o non fare: certamente non è il mancato raggiungimento del fine che egli si proponeva, fine che il non aver osservato

lo schema proposto gli ha impedito di conseguire. Questa è situazione che esaurisce gli effetti negativi del mancato adeguamento ad un modello nel puro e semplice non conseguire un certo risultato.

Può anche darsi che in tal modo si offendano interessi altrui, ma è momento, questo, che non ha nulla a che vedere con l'inosservanza dell'onere.

Diremo piuttosto che nel comportamento realizzato si ravvisa concorso formale tra il venir meno ad un onere e il trasgredire uno o più obblighi.

Trasgressione che è offesa – effettiva lesione o messa in pericolo – di un interesse altrui.

C'è in questa vicenda qualcosa che supera di molto il vuoto della mancata causazione di ciò a cui si mirava: c'è il prodursi di una mutazione delle possibilità, in qualche modo garantite, aperte ad un certo soggetto. Il contrasto non potrebbe essere più netto: nell'un caso assistiamo al puro e semplice permanere dello *status quo* che si voleva invece modificare, nell'altro registriamo il verificarsi di conseguenze sfavorevoli che segnano una realtà nuova nell'universo delle relazioni preesistenti.

Adesso, la risposta alla domanda che ci siamo posti: perché la sanzione si addice al disobbediente. Questione di convenienza: è opportuno mettere a fuoco la condizione, minimo comun denominatore, di ciò che giustifica il verificarsi di un effetto normalmente contrario all'interesse di chi ha tenuto una determinata condotta.