

*Francesco Salerno*

## CENTRALITÀ DELL'ATTIVITÀ ERMENEUTICA NEL DIRITTO CIVILE E NEL DIRITTO PENALE

### **Storia, norme e sentenze**

Agli avvocati Nino Filastò e Gabriele Zanobini

#### **Introduzione**

«Conoscere le singole norme non basta se non si pon mente allo spirito che le muove. [...] La particolarità delle leggi rimanda all'universalità del diritto; [...] e nulla sarebbe in vero più arido e sterile, che lo studio delle norme particolari qua e là vigenti, se da quella materia empirica non fosse dato risalire ai principi».<sup>1</sup>

Queste parole di Giorgio Del Vecchio<sup>2</sup>, tratte da *Sui principi generali del diritto* (1921), vogliono essere qui spunto di riflessione sull'importanza dell'attività ermeneutica nel diritto, con particolare riferimento al diritto civile e al diritto penale. Del Vecchio coglie l'impossibilità di ridurre il diritto ad una mera esecuzione delle norme positive. Occorre considerare anche «*lo spirito che le muove*», perché infatti «*la particolarità delle leggi rimanda all'universalità del diritto*». Il diritto, dunque, non può essere esclusivamente considerato come un insieme di prescrizioni poste dal legislatore per regolare la vita sociale di una comunità. In effetti, come scrive Gianpaolo Bartoli<sup>3</sup> commentando Schleiermacher,

«il giusto, la verità del diritto, [...] non è deducibile da un sistema di norme ben organizzate, ma si alimenta alla ricerca [del] desiderio di giustizia. In questo senso si mostra il nucleo del diritto, che è universale solo in quanto in ognuno resta insopprimibile il sentimento di giustizia, il suo desiderio, e ciò che è così universale non può mai venire inventato arbitrariamente».<sup>4</sup>

In questo senso occorre considerare che la fissità e la necessaria generalità delle norme non permettono di cogliere la particolarità del caso concreto, oggetto del giudizio. Se il fine ultimo del diritto è la mera efficienza di un sistema di enunciati normativi non vi è alcuna ricerca del giusto,

<sup>1</sup> G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 2002, p. 66.

<sup>2</sup> Filosofo e giurista, fu docente all'Università La Sapienza di Roma dal 1920 al 1953.

<sup>3</sup> Docente di Filosofia del Diritto presso l'Università la Sapienza di Roma.

<sup>4</sup> G. Bartoli, *Diritto ed Ermeneutica in Schleiermacher*, Giappichelli, Torino, 2012, pag. 30.

dimensione non oggettivabile. Una prescrizione posta dal legislatore non può assicurare di per sé stessa, mediante un'applicazione meccanica, la realizzazione del giusto. Come ricorda Derrida, «il diritto [positivo] non è la giustizia. Il diritto [positivo] è l'elemento del calcolo [...] ma la giustizia è l'incalcolabile [...] la decisione tra il giusto e l'ingiusto non è mai assicurata da una regola».<sup>5</sup> Emerge dunque la necessità dell'attività ermeneutica, capace di orientare il giurista verso una conciliazione tra la generalità della norma e la particolarità del caso concreto.

Si pensi, ad esempio, all'enunciato del vigente codice penale italiano, l'articolo 624, che punisce, con la reclusione da sei mesi a tre anni, e con la multa da 154 euro a 516 euro, «*chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri*»: se il diritto consiste nell'esecuzione meccanica della prescrizione, si dovrebbe concludere che la sanzione penale dovrebbe infliggersi anche al soggetto che ha rubato una mela dal banco del mercato.

Ad ogni modo una simile conclusione sembrerebbe non tendere al giusto, ma alla mera esecuzione meccanica del sistema normativo. Ecco che in tal caso l'attività ermeneutica permette di valutare il caso concreto nella sua particolarità, e di ricorrere al *principio di offensività*, secondo cui la sanzione penale non può essere irrogata per la semplice violazione della prescrizione del legislatore, ma occorre che vi sia una concreta offesa al bene protetto dalla norma. Seguendo meccanicamente l'art.624 c.p., il furto della mela risulta rientrare pienamente nella fattispecie astratta della norma, ma la valutazione del caso concreto, effettuata mediante l'attività ermeneutica attingendo ad uno dei principi generali del diritto penale (appunto, il *principio di offensività*), permette di concludere per l'impossibilità di infliggere la sanzione penale al soggetto che ha commesso il fatto, per mancanza di un'offesa concreta al patrimonio del proprietario della mela. Ritornano allora le parole di Giorgio Del Vecchio, secondo cui «nulla sarebbe [...] più arido e sterile che lo studio delle norme particolari qua e là vigenti, se da quella materia empirica non fosse dato risalire ai principi». Analogo ragionamento può essere fatto in riferimento al nostro diritto civile, in cui la massima *in claris non fit interpretatio*, pur resistendo ancora oggi in alcune pronunce giurisprudenziali, non ha trovato riscontro nelle codificazioni dell'Ottocento, né nel nostro vigente codice civile.

Il primo comma dell'articolo 1362 c.c. recita infatti così: «*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole*». In questo caso l'attività ermeneutica non si rivolge tanto alla prescrizione normativa, quanto piuttosto alla lettera del regolamento contrattuale; ad

---

<sup>5</sup> J. Derrida, "Diritto alla giustizia", in J. Derrida e G. Vattimo, *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, Giustizia ed Interpretazione*, coordinamento di M. Bussani, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 4.

ogni modo, considerando che, come disposto dall'art.1372 c.c., «*il contratto ha forza di legge tra le parti*», è chiaro che la riflessione di Del Vecchio si possa perfettamente modellare anche al tema dell'interpretazione contrattuale. Commentando Del Vecchio, il professor Bruno Romano<sup>6</sup> scrive:

«È [...] richiesta una attività di interpretazione delle norme, con riferimento alla diversità ed alla mutevolezza, formative delle singole situazioni intersoggettive, che, nei sistemi sociali, si presentano con la concretezza dei casi particolari, avvicinati all'arte ermeneutica dei giuristi [...] Il contenuto di una definita norma, istituita dal legislatore, ha la sua fissa identità e tuttavia custodisce una flessibilità che consente di adeguarsi alla molteplicità delle situazioni, riconducibili all'identità di quel contenuto normativo e costituite però da una loro specifica ordinale differenza. Le norme che sanzionano il furto hanno una fissità, definiscono specifiche tipologie di condotte, ma le figure di chi compie il furto sono differenziate e mutevoli, secondo le qualità delle intenzioni e delle situazioni dei singoli soggetti, mai fungibili l'uno con l'altro. La figura [...] di chi, per accrescere i suoi averi, ruba denaro pubblico, non è confondibile con la figura di chi è autore di un furto commesso perché costretto in uno stato di necessità. [...] Viene qui sollecitata una chiarificazione dei due versanti del fenomeno giuridico: il versante delle norme e quello dei principi generali. Le norme costituiscono una determinata fissità della normativa ideale, una modalità definita nella finitezza del contesto presente di un ordinamento giuridico; i principi generali del diritto manifestano invece l'attivarsi della creatività infinita della condizione umana, sempre orientata al futuro, tale perché non anticipabile».<sup>7</sup>

Il diritto non può essere ridotto alla fissità della scrittura, ma necessita dell'interpretazione, capace di conciliare generalità dell'enunciato, sia essa una prescrizione normativa o una regola contrattuale (con forza di legge), con la particolarità del caso concreto. Nelle pagine che seguono si cercherà di ripercorrere la storia dell'interpretazione del negozio giuridico a partire dall'antica Roma e si analizzeranno alcune sentenze che hanno rilevato l'importanza dell'attività ermeneutica nel diritto penale.

### 1) L'attività ermeneutica nel diritto civile

L'esperienza civilistica in materia di contratti è da sempre attraversata dalla contrapposizione tra i sostenitori della massima *in claris non fit interpretatio* secondo cui il testo chiaro non necessita dell'intervento dell'interprete, e coloro che invece ritengono che l'attività ermeneutica sia sempre necessaria. La massima *in claris*, pur manifestandosi ancora oggi in alcune pronunce giurisprudenziali, non ha trovato riscontro nelle codificazioni francese (1804) e italiana (1865) del diciannovesimo secolo, né nel nostro vigente codice civile. Si è affermata la necessità

<sup>6</sup> Professore di Filosofia del Diritto presso l'Università La Sapienza di Roma.  
<sup>7</sup> B. Romano, *Principi generali del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 6.

dell'interpretazione, e ricordando dunque che «*conoscere le singole norme non basta se non si pon mente allo spirito che le muove*».

È necessario approfondire il tema ripercorrendo a grandi linee la storia dell'interpretazione dei negozi giuridici, con particolare riferimento ai contratti, partendo dal diritto giurisprudenziale dell'antica Roma ed arrivando al codice civile attualmente in vigore.

### 1.1) *L'interpretazione nel diritto giurisprudenziale romano*

Nell'antica Roma il concetto di interpretazione è legato alla *disputatio fori*, ossia alle contese giudiziarie. La crescente complessità dei rapporti giuridici e della produzione normativa rende necessaria una regolazione affidata ad un ceto di esperti, i cosiddetti *prudentes*, il cui sapere viene esternato, oltre che attraverso la letteratura giuridica, mediante consigli rivolti a magistrati e privati. Così, l'ossatura del sapere giuridico non è assiomatico, bensì è costituito da casi concreti. Dai *prudentes* dipende lo sviluppo del diritto: essi pongono in essere un'attività creativa, perché ogni soluzione fa nascere qualcosa di nuovo. L'interpretare è parte del loro lavoro e consiste nell'attribuire significati a dati normativi per far sì che producano effetti. Possiamo affermare che è proprio in questo contesto profondamente ancorato al caso concreto che emerge l'impossibilità di un'applicazione meccanica dei precetti normativi e la necessità dell'intervento dell'interprete.

In molteplici frammenti di giuristi dell'antica Roma troviamo testimonianza di una questione ermeneutica molto dibattuta: quando il testo non è chiaro, il testamento deve essere interpretato a favore dell'erede (il soggetto a cui il testatore destina l'universalità dei suoi beni) o del legatario (colui a cui viene destinato uno o più singoli beni)? Il caso più celebre è il seguente: «*Un padre di famiglia, istituendo erede il figlio, legò nel testamento vasi d'argento a beneficio della moglie: "il mio erede darà a mia moglie trenta libbre di vasi d'argento, quali vorrà". Dopo la sua morte, la donna chiede vasi preziosi e magnificamente cesellati. Il figlio sostiene di doverle vasi per trenta libbre, quali egli stesso può scegliere*»<sup>8</sup>.

L'espressione "quali vorrà" non chiarisce se ci si riferisca ad una facoltà del figlio erede o della moglie legataria. Cicerone nel *De inventione* afferma che la decisione spetta all'erede, perché nel testamento, normalmente, ci si riferisce alla sua volontà. Questa tesi ciceroniana è sostenuta anche da Servio, giurista romano del I secolo a.C., come ci riferisce un testo di Labeone, altro giurista ma del I secolo d.C. Altri giureconsulti sono schierati però a favore del legatario. In questa sede non occorre risolvere il dilemma nell'uno o nell'altro senso, ma è sufficiente

---

<sup>8</sup> Auctor, *Rhetorica ad Herennium*, 1,20.

sottolineare la rilevanza del ruolo dell'interprete e l'insufficienza della lettera.

Nelle fonti romane vi è poi un altro caso molto interessante, riguardante un senatore che soleva vestirsi da donna. Nel II secolo d.C Pomponio scrive: «*Un certo senatore era solito usare abiti da tavola femminili ed egli, se assegnasse in legato una veste da donna, non risulterebbe riferirsi a quella di cui egli stesso si serviva come se fosse una veste da donna*»<sup>9</sup>. Pomponio ritiene in sostanza che, guardando oltre la determinazione verbale dell'oggetto, per sciogliere il dubbio occorre risalire ai comportamenti del testatore: poiché il senatore era solito indossare alcune vesti muliebri, tali abiti non sono da considerarsi femminili, e pertanto un'eventuale assegnazione in legato di una veste da donna non riguarderebbe quegli abiti che egli indossava. È chiaro che una valutazione simile non consiste in una esecuzione meccanica dello scritto.

Molto più articolati, rispetto al testamento, sono i rapporti contrattuali, essendo non più una, ma due, le volontà da indagare.

Interessante un responso di Alfeno Varo (I secolo a.C.) in cui alla decifrazione linguistica del regolamento contrattuale unisce una presunzione di volontà corrispondente all'interesse di una parte: «*In una clausola della locazione era stato scritto: "il conduttore non tagli il bosco né lo sfoltisca né lo bruci, né permetta che altri lo sfoltisca, lo tagli e lo bruci". Si domandava se il conduttore dovesse anche custodire il bosco affinché nessuno potesse fare ciò. Risposi che la parola "permettere" era polisenso, ma che il locatore sembrava piuttosto aver voluto che il conduttore non solo proibisse ad altri di tagliare il bosco, ma che avesse cura ed operasse per non farlo tagliare da alcuno*»<sup>10</sup>.

Rilevanti sono poi due responsi di Labeone in cui emerge la possibilità, per risolvere un dubbio, di enucleare una volontà verosimile muovendo dal testo contrattuale. Nel primo responso si legge: «*In una clausola del contratto di compravendita era detto che i condotti dell'acqua sarebbero spettati come accessorio al compratore; si domandava se gli spettasse come accessorio anche il serbatoio dal quale l'acqua veniva derivata mediante i condotti. Ho risposto che risulta essere stabilita l'accessione del serbatoio, benché questo non fosse compreso nella formulazione scritta della clausola*»<sup>11</sup>. Labeone interpreta il testo a favore del compratore perché senza il serbatoio si metterebbe a rischio l'approvvigionamento delle acque, e dunque è verosimile ritenere inclusa l'assegnazione del serbatoio, altrimenti non avrebbe avuto senso concludere il contratto.

Nel secondo responso emerge come la volontà verosimile può essere ricondotta alla clausola generale della buona fede, mediante un'interpretazione integrativa dell'accordo: «*Nella locazione di un'opera*

<sup>9</sup> D. 34, 2, 33. Pomponio, *libro quarto ad Quintum Mucium*.

<sup>10</sup> D. 19, 2, 29. Alfeno, *libro septimo digestorum*.

<sup>11</sup> D. 18, 1, 78. Labeone, *libro quarto posteriorum a Iavoleno epitomatum*.

*non si era detto il termine entro cui l'opera doveva essere compiuta; poi il conduttore aveva promesso che, se l'opera non fosse stata terminata, gli avrebbe pagato una somma corrispondente agli interessi del locatore. Ritengo che tale obbligazione si contrae con riferimento al periodo di tempo che un uomo onesto avrebbe stimato necessario»<sup>12</sup>.*

Vediamo ora un altro caso, descritto efficacemente da Paolo (III secolo d.C.) in cui ritorna il concetto di volontà verosimile. Scrive Paolo: «*Tra il locatore del fondo ed il conduttore si convenne che, per il tempo della locazione, il conduttore [...] non venisse espulso dal fondo contro la sua volontà, e che, se fosse stato espulso, il locatore pagasse al conduttore la somma di dieci come penale [...] Domando se il conduttore [...], non avendo pagato il canone per un biennio, possa essere espulso senza timore della penale. Paolo formulò così il suo responso: sebbene nella stipulazione della penale non sia detto espressamente nulla circa il pagamento dei canoni, è verosimile che vi si sia convenuto di non espellere il [conduttore] durante il tempo stabilito [solamente] ove questo abbia rispettato il pagamento dei canoni; perciò, se colui che non ha pagato i canoni viene espulso e chiede in giudizio la penale, [si darà responso favorevole al locatore]*».<sup>13</sup>

Fondamentale nella storia del diritto contrattuale è poi la cosiddetta *interpretazione contro lo stipulante*, secondo cui nel dubbio occorre interpretare le clausole a favore dell'obbligato. In questo senso, una pattuizione oscura ed ambigua nuoce allo stipulante, il quale avrebbe dovuto redigere più chiaramente la prescrizione contrattuale. In sostanza si ritiene preferibile mettere in una posizione protetta chi accetta la proposta, non chi la formula. Questa tesi ha avuto grande successo ed è stata accolta, ad esempio, nella codificazione francese del diciannovesimo secolo, e, anche se con una portata limitata, nell'attuale codice civile italiano, all'art.1370, secondo cui, in alcune categorie di contratti, «*le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura ed all'oggetto del contratto*».

Rilevante è anche la cosiddetta *interpretazione che salva il contratto*, secondo la quale, in casi ambigui, occorre prediligere l'interpretazione per cui il contratto possa avere qualche effetto. Scrive infatti Giuliano (II secolo d.C.): «*In tutti i casi nei quali lo stesso discorso esprime due significati, si deve accogliere principalmente quello che è più adatto allo scopo da realizzare*».<sup>14</sup> Anche Paolo condivide questa tesi e ricorda che «*nei casi dubbi bisogna fare in modo da condurre ad un effetto sicuro il contratto concluso secondo buona fede*»<sup>15</sup>. L'art.1367 del vigente codice civile italiano sposa pienamente l'impostazione di Giuliano e Paolo, disponendo che «*nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel*

<sup>12</sup> *Ivi.*

<sup>13</sup> D. 10,2,54, 1. Paolo, *libro primo ad Plautinum*.

<sup>14</sup> D. 50, 17, 67. Giuliano, *libro octagensimo septimo digestorum*.

<sup>15</sup> D. 34, 5, 21, 1. Paolo, *libro quarto decimo ad Plautinum*.

*sensu in cui possono avere qualche effetto, anziché quello secondo cui non ne avrebbero alcuno».*

Con questa breve e sintetica panoramica del diritto giurisprudenziale romano si vuole sottolineare che il fondamentale ruolo dell'interprete nel diritto pone le sue radici già nell'antica Roma, per poi essere tramandato nel corso dei secoli, fino ad essere accolto, come vedremo, negli attuali codici civili francese ed italiano (passando inoltre per il precedente codice italiano).

### **1.2) Domat, Pothier ed il Code Civil. Parametri, regole e norme in tema di interpretazione contrattuale**

Le regole ermeneutiche con cui la giurisprudenza romana si appropria al negozio giuridico ed in particolar modo ai contratti sopravvivono nel corso dei secoli. Rilevante è certamente il contributo di Giustiniano con il suo *Corpus Iuris Civilis* (529-534), che ha permesso di raccogliere ordinatamente i frammenti dei *prudentes* e dei loro responsi, aiutando il diritto romano a non farsi schiacciare nei secoli successivi dalle influenze germaniche ed a mantenere la propria importanza fino all'età delle codificazioni dell'Ottocento. Occorre però attendere fino al XVII secolo per avere un impianto autonomo dell'interpretazione contrattuale, grazie all'opera del francese *Jean Domat* (1625-1669).

Domat mette in primo piano la chiarezza della lettera, affermando che le espressioni perfettamente chiare non necessitano alcuna interpretazione. In questo senso certamente Domat restringe assai il ruolo dell'interprete, ma specifica che in caso di incertezza occorre indagare sulla volontà dei contraenti mediante alcuni parametri. Pur lasciando all'ermeneuta un ruolo secondario, l'opera di Domat è fondamentale perché per la prima volta organizza organicamente le regole sull'interpretazione. I parametri di Domat possono essere così sintetizzati:

*Le oscurità e le incertezze delle clausole che obbligano si interpretano in favore di colui che è obbligato, e bisogna restringere l'obbligazione al senso che la diminuisce.*

*Se alcuno è obbligato indeterminatamente a dare l'una o l'altra di due cose, egli ha la libertà di dare quella che vorrà, se la convenzione non ha nulla in contrario.*

*Se in un contratto si lascia da regolare il prezzo di una cosa, la stima non si farà al prezzo più alto né a quello più basso, ma al prezzo comune.*

*La stima delle cose che non sono state consegnate nel tempo e nel luogo stabiliti, si fa secondo il valore che avevano nel tempo e nel luogo in cui dovevano essere consegnate.*

*Le espressioni che non possono avere senso in alcun modo sono rigettate come se non fossero state scritte. Gli errori di scrittura non impediscono invece l'effetto che deve avere il contratto.*<sup>16</sup>

Secondo Domat, in sostanza, all'inizio dell'attività interpretativa vi è la prevalenza del testo, e solo in caso di incertezza si indaga sulla volontà. L'interprete deve rispettare la libera determinazione dei soggetti, sul presupposto che il linguaggio utilizzato nel contratto corrisponda ad essa, evitando di andare al di là delle parole se queste sono univoche. Un distacco dalle parole è possibile solo se è lo stesso linguaggio ad essere contraddittorio, non svelando la propria corrispondenza al vero. Pertanto, quando la mera lettura si riveli non utile a stabilire gli effetti del contratto, si passa ad altri procedimenti argomentativi: la logica del verosimile, il favore per la parte obbligata e la considerazione degli usi del mercato.

Robert Pothier (1699-1772), seguendo le orme di Domat nell'intento di disporre organicamente i materiali tratti dalle fonti romanistiche, ha ispirato le regole sull'interpretazione dei contratti fino agli attuali codici civili francese ed italiano. Pothier, dopo aver indicato dieci criteri che, come quelli di Domat, ponevano all'interprete il limite della chiarezza della lettera, supera questa prima impostazione ed elabora dodici regole che pongono al centro non il testo ma la volontà delle parti<sup>17</sup>. Si tratta di regole che sono riprese integralmente (tranne la nona) dal *code civil* francese promulgato nel 1804 e tuttora vigente, dal codice civile italiano del 1865, e parzialmente dal nostro attuale codice civile. Particolarmente esplicitativo del tenore generale delle dodici regole è il seguente esempio dello stesso Pothier:

«Voi tenete in affitto un piccolo appartamento in una casa mia di cui io occupo la parte restante; ed io ho contratto con voi una nuova locazione in questi termini: “do in locazione la mia casa al tale per un certo numero di anni e al prezzo fissato per la prima locazione” [...] Sebbene questi termini, “la mia casa”, significhino in senso grammaticale la casa intera e non un semplice appartamento, tuttavia è evidente che la nostra intenzione è stata quella di rinnovare la locazione dell'appartamento [...]; e questa intenzione, di cui non si può dubitare, deve prevalere sulle parole del contratto»<sup>18</sup>.

È opportuno a questo punto schematizzare le dodici regole di Pothier.

**PRIMA REGOLA:** nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, piuttosto che il senso grammaticale delle parole.

<sup>16</sup> I parametri di Domat, qui riportati sinteticamente, sono enunciati in *Le lois civiles dans leur ordre naturel*, opera del 1695; il volume da me consultato, in lingua originale, è edito da Nabu Press e pubblicato il 03-11-2011.

<sup>17</sup> Le dodici regole di Pothier, sintetizzate e schematizzate in questo saggio, sono contenute nell'opera *Traité des obligations*, da me consultato in lingua originale nel volume edito da DALLOZ e pubblicato il 06-07-2011).

<sup>18</sup> Questa e le seguenti citazioni di Pothier sono tratte da Massimo Brutti, *Interpretare i contratti*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 123-129.



La prima regola di Pothier è confluita nell'art.1156 del *code civil*, che così recita: «*Nelle convenzioni si deve ricercare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, piuttosto che fermarsi al senso letterale delle parole*».

**SECONDA REGOLA:** quando una clausola contrattuale può essere intesa in due sensi, si deve considerare il senso per cui può avere qualche effetto.

Vi è un chiaro richiamo alla cosiddetta interpretazione che salva il contratto, tanto cara a Giuliano e Paolo nell'antica Roma. A questa seconda regola corrisponde l'art.1157 del *code civil*: «*Quando una clausola è suscettibile di due sensi, si deve intendere quello per cui essa possa avere qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno*».

**TERZA REGOLA:** le clausole ambigue si interpretano secondo la natura del contratto.

Ecco un esempio: «*Se in un atto si è detto che io voglio affittarvi per nove anni un fondo, per la somma di trecento lire, queste parole “la somma di trecento lire” non si intendono come trecento lire pagate una sola volta, ma piuttosto come una somma annuale [...] essendo proprio del contratto di locazione che il prezzo consista in una pigione annuale*». Qui le parole acquistano un senso in funzione del tipo di contratto. Questa regola trova riscontro nell'art.1158 del *code civil*, secondo cui «*le parole suscettibili di due sensi devono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto*».

**QUARTA REGOLA:** ciò che può apparire ambiguo in un contratto si interpreta secondo ciò che è in uso nel paese.

Pothier propone un esempio molto efficace: «*Se io mi sono accordato con un vignaiolo per dargli una somma annuale affinché coltivi la mia vigna, senza specificare la quantità di lavori che deve compiere, si reputa essere stato tra noi convenuto che egli svolga tutti i lavori solitamente praticati nel paese*». Dunque, qualora l'intenzione delle parti non dovesse essere chiara, occorre guardare agli usi locali. Sulla stessa linea è l'art.1159 del *code civil*, che così dispone: «*Ciò che è ambiguo si interpreta in base a ciò che è in uso nel paese in cui è stato concluso*».

**QUINTA REGOLA:** il contratto può essere integrato con clausole non contenute nelle parole ma ricavate dagli usi consolidati.

Emerge qui la potenza della consuetudine, capace di imporre secondo Pothier l'aggiunta di clausole che si considerano sottintese. Questa regola trova riscontro nell'art.1160 del *code civil*: «*Nel contratto si devono introdurre suppletivamente le clausole che sono in uso, quando non vengono espresse*».

**SESTA REGOLA:** una clausola si deve interpretare per mezzo delle altre contenute nell'atto, sia precedenti sia seguenti.

Dello stesso tenore è l'art.1161, disponendo che «*tutte le clausole [...] si interpretano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'intero atto*».

**SETTIMA REGOLA:** la clausola ambigua si interpreta contro colui a favore del quale il contratto costituisce un credito.

Qui vi è un chiaro richiamo all'*interpretazione in favore del debitore*. È utile ancora una volta citare un esempio di Pothier: «*Se in un contratto di affitto si è convenuto che l'affittuario debba mettere a disposizione del locatore, con tempi determinati, una quantità di grano per l'affitto annuale, senza indicare il luogo ove si debba effettuare la consegna, la clausola deve intendersi nel senso che la consegna sia fatta nella casa dell'affittuario a coloro che verranno a chiedere il grano per conto del locatore, essendo questo il senso più favorevole nei confronti dell'affittuario. Quando il locatore vuole che il grano gli sia consegnato nel proprio granaio, deve spiegarsi meglio nel contratto di locazione*». L'art.1162 del *code civil* accoglie questa impostazione ed afferma che «*nel dubbio [il contratto] si interpreta contro colui che ha stipulato, ed a favore di colui che ha contratto l'obbligazione*».

**OTTAVA REGOLA:** se il patto contrattuale è espresso con parole generali, il contratto non comprende che le cose sulle quali le parti hanno contrattato.

Questa ottava regola è confluita poi nell'art.1163 del *code civil*, che così recita: «*Per quanto siano generali i termini con i quali si è [espresso un contratto, esso] non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si siano proposte di contrattare*».

**NONA REGOLA:** ove si tratti di un'universalità di cose, l'accordo comprende tutti i beni che la costituiscono anche se i contraenti non hanno specificatamente individuato i singoli beni che compongono l'insieme.

Questo schema interpretativo, anch'esso attinto dall'esperienza romanistica, non viene ripreso dal codice francese; si tratta dell'unica delle dodici regole a non essere stata codificata.

**DECIMA REGOLA:** se nella conclusione di un contratto vengono fatte specificazioni, queste non restringono i normali effetti del contratto.

In sostanza, se in un contratto voglio specificare alcuni aspetti dell'obbligazione, questi non escludono gli effetti che il contratto avrebbe senza tali specificazioni: il contratto avrà quindi i suoi effetti consueti più quelli specificati. Dello stesso tenore è l'art.1164 del *code civil*: «*Quando in un contratto si è espresso un caso per spiegarne l'obbligazione, non si presume di avere voluto con ciò restringere l'estensione dell'obbligazione [...] ai casi non espressi*».

**UNDICESIMA REGOLA:** una clausola concepita al plurale deve interpretarsi come la combinazione di più clausole singolari.

Questa regola si trova nel già citato articolo 1161 del *code civil*.

**DODICESIMA REGOLA:** il termine utilizzato in una frase deve essere collegato all'intera frase, non solo alle parole immediatamente precedenti, a condizione che vi sia tra i termini del discorso un corretto legame grammaticale.

Anche questa regola è confluita nell'art.1161 del *code civil*.

Le regole di Pothiers sono quindi state recepite nel codice francese del 1804, vigente ancora oggi. Ma il cammino verso la codificazione di queste regole non è stato semplice. Esse sono state infatti oggetto di molte critiche durante la formazione del *code civil*. I tribunali di appello di Grenoble e Lione, ai quali viene sottoposto il progetto di codificazione, ritengono che si debbano fissare i limiti all'indagine sulla volontà delle parti, riprendendo l'idea di Domat secondo cui in primo luogo occorre guardare al senso letterale, recuperando quindi l'idea del dubbio come presupposto dell'interpretazione. L'impostazione dei suddetti tribunali non viene accolta, ma il tema torna al centro del dibattito quando il progetto viene analizzato dal Consiglio di Stato. Uno dei consiglieri critica la prima regola di *Pothier*, affermando invece che le parole chiare non necessitano di alcuna interpretazione, sottolineando l'esigenza di dare certezza alle contrattazioni. Nonostante queste opposizioni, le regole di Pothier entrano nel *code civil* e sopravvivono da oltre due secoli. Ancora oggi non mancano sentenze che puntano a privilegiare la massima in *claris non fit interpretatio*, ma gli articoli 1156-1164, ricavati dalle regole di Pothier, continuano a trovare applicazione.

### 1.3) *L'interpretazione dei contratti nel diritto civile italiano*

Nel 1865 viene elaborato il primo codice civile italiano, che resterà in vigore fino al 1942. Nel corso della redazione del codice si discusse se mantenere o eliminare le regole sull'interpretazione. Alla fine i codificatori le lasciarono intatte. Così come in Francia, ci si chiese se ispirarsi alle regole di Pothier oppure prediligere una impostazione più ancorata alle parole. Nonostante le critiche di illustri giuristi come Cesare Vaccolini, Vincenzo Cattaneo e Jacopo Mattei, lo schema di Pothier fu mantenuto.

Le disposizioni in materia di interpretazione (artt.1131-1139) sono quindi sostanzialmente identiche alle regole di Pothier ed alle norme del *code civil* (artt.1156-1164), nel medesimo ordine di successione: ad esempio, all'art.1131 del codice italiano corrisponde l'art.1156 di quello francese, l'art.1132 è ricavato dall'art.1157, e così via. È interessante quindi leggere integralmente queste disposizioni del primo codice italiano, scorgendo facilmente le affinità con quelle francesi.

**art.1131:** *«Nei contratti si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anziché stare al senso letterale delle parole».*

**art.1132:** *«Quando una clausola ammette due sensi, si deve intendere nel senso per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che in quella per cui non potrebbe averne alcuno».*

**art.1133:** «*Le parole che possono avere due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto*».

**art.1134:** «*Il patto ambiguo si interpreta secondo ciò che si pratica nel paese ove fu stipulato il contratto*».

**art.1135:** «*Nei contratti si debbono avere per apposte le clausole che sono d'uso, ancorché non vi siano espresse*».

**art.1136:** «*Le clausole dei contratti si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dall'intero atto*».

**art.1137:** «*Nel dubbio il contratto si interpreta contro colui che ha stipulato, ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione*».

**art.1138:** «*Per quanto siano generali le espressioni di un contratto, esso non comprende che le cose sopra le quali apparisce che le parti si sono proposte di contrattare*».

**art.1139:** «*Quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presume che si siano voluti escludere i casi non espressi, ai quali secondo ragione può estendersi lo stesso patto*» (Si noti come rispetto all'art.1164 del *code civil* viene aggiunto l'inciso «*ai quali secondo ragione può estendersi lo stesso patto*»).

Nel 1942 entra in vigore il nuovo codice civile, influenzato soprattutto dal lavoro di Emilio Betti. Le istanze di riforma erano nate già negli anni Venti, con un progetto guidato da Vittorio Scialoja che puntava a unificare il diritto privato italiano e francese; dopo vari tentativi ed aspre polemiche con Betti, il progetto viene accantonato alla fine degli anni Trenta. Nel nuovo codice del 1942, ancora oggi in vigore, nella parte dedicata all'interpretazione dei contratti (artt.1362-1371) vi è ancora l'eco delle regole di Pothier, anche se solo parzialmente. Vi sono anche importanti novità rispetto al precedente codice ed è pertanto opportuno dunque analizzare ciascuna delle norme dedicate all'ermeneutica contrattuale.

**art.1362:** «*Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. (2) Per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto*».

Il primo comma è in linea con la prima regola di Pothier, con l'articolo 1156 del *code civil* e con l'articolo 1331 del primo codice italiano. Il secondo comma, invece, introduce un nuovo precetto, sottolineando in sostanza che l'intenzione dei contraenti può essere ricostruita anche senza riferirsi al dato testuale ma valutando il loro comportamento, antecedente e successivo alla conclusione del contratto. Nonostante la chiarezza della norma, una consistente parte della giurisprudenza negli anni lo ha letto ribadendo la massima *in claris non fit interpretatio*. Scrive infatti la Cassazione nel 1970: «L'interprete deve indagare sulla comune intenzione delle parti riferendosi in primo luogo al significato letterale delle espressioni adoperate e soltanto ove tale criterio ermeneutico si appalesi inadeguato per genericità, equivocità o incompletezza delle espressioni usate, può far ricorso alla valutazione del comportamento complessivo delle parti e ad altri criteri sussidiari previsti dalle successive disposizioni» (Cassazione, sentenza 15 settembre 1970, n.1483). Nel 1987 un'altra sentenza afferma che «la massima *in claris* è sostanzialmente operante

quando il significato delle parole usate nel contratto sia tale da rendere l'effettiva volontà dei contraenti» (Cassazione, sentenza 15 maggio 1987). Tra le pronunce più recenti ve ne è una del 2014 secondo cui «il criterio di interpretazione letterale è [...] quello prioritario, laddove il significato letterale delle parole, secondo la loro connessione, si presenti esaustivo nel disvelare l'effettiva volontà dei contraenti» (Cassazione, sentenza 30 settembre 2014, n.20509). È curioso che proprio i sostenitori della massima *in claris* cerchino di trovare un significato conforme alla propria tesi oltre la lettera dell'art.1362, che appare invece chiaro nello stabilire che non occorre basarsi solo sul dato testuale. Non sono mancate comunque sentenze della Suprema Corte che hanno concluso in senso contrario alla massima *in claris*, nel pieno rispetto dell'art.1362. Scrive infatti la Cassazione nel 1962: «Il giudice non deve limitarsi al senso letterale delle parole, ma deve ricercare la volontà che con esse si è inteso esprimere» (Cassazione, sentenza 26 gennaio 1962, n.142). In una sentenza del 2003, la Suprema Corte afferma che «nell'interpretazione del contratto, il dato testuale, pur assumendo un rilievo fondamentale, non può essere ritenuto decisivo ai fini della ricostruzione del contenuto dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito solo al termine del processo interpretativo, il quale deve estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore. E questo anche quando le espressioni appaiono di per sé chiare e non bisognose di approfondimenti, dal momento che un'espressione apparentemente chiara può non apparire più tale se ricollegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione, o quando sia posta in relazione al comportamento complessivo delle parti» (Cassazione, sentenza 10 Ottobre 2003, n.15150). Infine è possibile citare una sentenza del 2014 in cui la Cassazione spiega che «l'art.1362 [...] impone in ogni caso di non limitarsi alla lettera e di ricostruire il significato dell'accordo anche sulla base della comune intenzione, quale emerge dai comportamenti delle parti» (Cassazione, sentenza 23 maggio 2014, n.11533). L'interpretazione contrattuale, con riferimento alle norme del vigente codice civile, è dunque piena di tesi contrastanti, sostenute da illustri giudici e giuristi da entrambe le parti. Vi è da dire che la massima *in claris non fit interpretatio* sembra infrangersi contro l'art.1362; i sostenitori della citata massima, al fine di rivendicarne la piena applicabilità, finiscono paradossalmente col negarla, perché pretendono di dare alla lettera dell'art.1362 un senso che va oltre il significato testuale, interpretandolo in modo tale da ritenere che la norma presupponga e sottintenda che le regole ermeneutiche vadano applicate solo in caso di dubbio: si tratta, appunto, di una conclusione interpretativa, che non fa altro che ricordare l'importanza dell'attività ermeneutica nel diritto civile.

**art.1363:** «*Le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto*».

Vi è qui un chiaro richiamo alla sesta regola di Pothier, all'art.1161 del *code civil* ed all'art.1136 del primo codice italiano.

**art.1364:** «*Per quanto generali siano le espressioni usate nel contratto, questo non comprende che gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare*».

Dello stesso tenore erano l'ottava regola di Pothier, l'art.1163 del codice francese e l'art.1138 del nostro codice del 1865.

**art.1365:** «*Quando in un contratto si è espresso un caso al fine di spiegare un patto, non si presumono esclusi i casi non espressi ai quali, secondo ragione, può estendersi lo stesso patto*».

Tornano qui alla mente la decima regola di Pothier, l'art.1163 del *code civil* e l'art.1139 del nostro primo codice civile.

**art.1366:** «*Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede*».

Questa è una delle novità de codice. Non vi è una norma affine nel *code civil*; più che altro, l'art.1366 sembra ricalcare una norma del codice tedesco del 1900, il quale dispone infatti che «i contratti devono essere interpretati secondo buona fede». La buona fede equivale a lealtà, correttezza, solidarietà, equilibrio tra gli interessi in gioco. È una clausola generale che ha contenuti variabili, sia perché occorre definirla in relazione ai casi concreti, sia perché il contesto storico-istituzionale di cui sono parte muta. Alcuni giuristi come Vittorio Scialoja hanno ricondotto la nozione di buona fede a quella di *affidamento*, sottolineando che la comune intenzione delle parti presuppone l'affidarsi di ciascun contraente nell'accordo. Francesco Santoro-Passarelli ritiene che occorre considerare non solo l'affidamento di chi accetta la proposta, ma anche di chi la formula, trattandosi in tal caso nell'onesta aspettativa dell'autore della dichiarazione che la sua volontà venga intesa da chi la riceve esattamente così come l'ha espressa. Ad ogni modo, secondo Massimo Brutti la nozione di buona fede trascende da quella di affidamento, avendo una portata più ampia ed indicando un modello a cui l'interprete, nell'attribuire significato al contratto, si conforma. Interessante e particolarmente esplicativa è la sentenza della Cassazione del 1994 sul cosiddetto *caso Fiuggi*. Qui la Suprema Corte dichiara come contrario alla buona fede il comportamento di una società che, avendo ottenuto dal comune la possibilità di imbottigliare e vendere l'acqua, ha poi tenuto il prezzo delle bottiglie bloccato, impedendo al Comune di percepire un guadagno maggiore come previsto dal contratto. L'interpretazione del contratto secondo buona fede esclude che la condotta consistente nel tenere fermo il prezzo rientri in una corretta esecuzione. In particolare la Corte scrive che è necessaria «l'osservanza del dovere di correttezza, che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente» (Cassazione, sentenza 20 aprile 1994, n.37775). In un'altra pronuncia, la Cassazione ha precisato che «il criterio della buona fede costituisce strumento per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi» (Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 15 novembre 2007, n.23726). Occorre ricordare, infine, che la nozione di buona fede si è ampliata con l'introduzione della Costituzione. Il dovere di solidarietà enunciato dall'art.2 è infatti andato a corroborare la clausola generale della buona fede, disponendo che: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...] e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». In questa direzione è una pronuncia della Cassazione del 2008: «Il principio di buona fede, operando come criterio di reciprocità nei rapporti tra debitore e creditore, enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'articolo 2 della Costituzione ed impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire così da preservare i reciproci interessi» (Cassazione, sentenza 7 ottobre 2008, n.24733). Particolarmente esplicativo, per chiudere su questo punto e riassumere il ruolo della buona fede nel diritto contrattuale, è un passaggio di Guido Alpa, uno dei più illustri civilisti italiani, che scrive: «Il principio espresso è che l'obbligo di buona fede [...] o correttezza sostituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, che, nell'ambito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del

contratto che alla sua formazione ed interpretazione, accompagnandolo, in definitiva, in ogni sua fase»<sup>19</sup>.

**art.1367:** *«Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché quello secondo cui non ne avrebbero alcuno».*

È chiaro il riferimento alla cosiddetta “interpretazione che salva il contratto”, cara a Giuliano e Paolo nell’antica Roma; si riprende anche la seconda regola di Pothier, codificata poi nell’art.1157 del *code civil* e nell’art.1132 del nostro primo codice civile.

**art.1368:** *«Le clausole ambigue s’interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso. (2) Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue si interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell’impresa».*

Le fonti di questa norma, oltre ad alcuni responsi della giurisprudenza romana, sono senza dubbio la quarta regola di Pothier, l’art.1159 del *code civil* e l’art.1134 del primo codice civile italiano.

**art.1369:** *«Le espressioni che possono avere più sensi devono, nel dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura ed all’oggetto del contratto».*

Vi è qui un evidente richiamo alla terza regola di Pothier, all’art.1158 del codice francese ed all’art.1133 del codice italiano del 1865.

**art.1370:** *«Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto, o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s’interpretano, nel dubbio, a favore dell’altro».*

Questa norma costituisce un’altra novità rispetto agli altri due codici qui analizzati, perché prende in considerazione quei contratti stipulati mediante l’accettazione di condizioni poste da una sola parte, venendo quindi a mancare il momento della trattativa. Tali contratti sono oggi molto frequenti: si pensi a quelli nel campo della telefonia mobile dove il gestore, mediante un modulo standard, propone dei servizi ad un determinato costo, ed i soggetti interessati, pur essendo ovviamente liberi di non aderire, non possono porre in essere una vera e propria trattativa. Per questo motivo la norma in esame dispone che, in siffatti contratti, le clausole dubbie si interpretano a favore di chi accetta la proposta e contro chi la stipula. È chiaro il riferimento alla cosiddetta *interpretazione contro lo stipulante*, di cui Papiniano nel II secolo d.C. era un grande sostenitore. Questa impostazione interpretativa era stata ripresa, come si è visto, dalla settima regola di Pothier, dall’art.1162 del *code civil* e dall’art.1137 del primo codice civile italiano. Ad ogni modo l’art.1370 se ne differenzia perché ne limita la portata ai soli contratti conclusi mediante condizioni generali, moduli e formulari predisposti da un solo contraente; pertanto l’interpretazione contro lo stipulante non opera, secondo il vigente codice civile italiano, per tutti i contratti.

**art.1371:** *«Qualora, nonostante l’applicazione delle norme contenute in questo capo, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere inteso nel senso meno gravoso per l’obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l’equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso».*

<sup>19</sup> G. Alpa, “Il controllo giudiziario del contratto e l’interpretazione”, in AA.VV., *L’evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, raccolta di studi in onore di A. Brancaccio, vol. VII, Milano, 2013, p.3 ss., spec. pp. 30-32.

Anche qui si richiama l'interpretazione contro lo stipulante ed in favore dell'obbligato, ma se ne limita nuovamente la portata, prevedendo la sua operatività nei soli casi in cui il contratto è a titolo gratuito

#### 1.4) *L'interpretazione civilistica oltre i contratti. Il testamento. La donazione di modico valore*

Non è possibile limitare la questione dell'ermeneutica civilistica ai soli contratti. Occorre considerare anche altri atti in cui l'approccio interpretativo è differente. Si pensi ad un atto unilaterale come il testamento in cui vi è una sola volontà da ricostruire, quella del *de cuius hereditate agitur*, ossia di colui della cui eredità si tratta, e dunque non può operare l'art.1362 del codice civile che parla di «*comune intenzione delle parti*». L'interpretazione risulta però anche qui fondamentale, perché il testamento è una dichiarazione di ultima volontà, e dunque è necessario ricercare l'intento del testatore anche qualora il testo sia grammaticalmente corretto. Si pensi, per esempio, al citato frammento di Pomponio riguardo al senatore che soleva vestirsi da donna: se questi lasciasse in legato degli abiti femminili, ricostruendo le sue abitudini si converrebbe che nel legato non rientrerebbero quelle vesti muliebri che indossava lui stesso come fossero abiti maschili. Viceversa se il senatore, mediante un contratto di compravendita, cedesse tutti i suoi «*abiti femminili*» ad un soggetto, con l'intenzione non specificata di escludere dalla vendita quelle vesti da donna che personalmente indossa, si potrebbe anche concludere che la dichiarazione ha effetto anche riguardo agli abiti muliebri che il senatore intendeva in realtà escludere, perché avendo riguardo alla comune intenzione delle parti potrebbe operare l'*interpretazione contro lo stipulante*, sulla base dell'assunto che, se il senatore avesse voluto escludere dalla vendita gli abiti femminili che egli stesso soleva indossare, avrebbe dovuto esplicitarlo più precisamente nella dichiarazione. Un interessante sintesi dell'interpretazione tra contratti e testamenti ci è data dal professor Enrico Del Prato<sup>20</sup> nel seguente interessante passaggio:

«Se ci si sofferma sulla disciplina dell'interpretazione del contratto [...] ci si rende immediatamente conto del fatto che si tratta di un regime funzionale ad una vicenda bi- o plurilaterale: non è questione, cioè, di rintracciare l'intento di un soggetto, ma di ricostruire l'intento di almeno due soggetti. Occorre, infatti, considerare che gli intenti, come realtà naturalistiche, rimangono nella mente delle persone, mentre, ai fini della rilevanza giuridica, serve ciò che le parti hanno dichiarato e il loro complessivo comportamento. L'intento pattizio va rintracciato in funzione della tutela dell'affidamento di ciascuna parte dell'accordo. Nella disciplina del contratto non rileva ciò che pensa l'autore della dichiarazione, ma ciò che l'autore della dichiarazione può far ritenere, secondo ragionevolezza e buona fede, a chi la riceve: l'ottica, cioè, è quella del destinatario della dichiarazione. [...] Dati significativi in

<sup>20</sup> Docente ordinario di Diritto Privato e Diritto Civile presso l'Università La Sapienza di Roma.



tema di interpretazione si rintracciano al di fuori della disciplina del contratto in tema di testamento [...] [dove] c'è l'esigenza più squisita di accertare l'intento del testatore, oltre e anche contro il significato letterale delle parole, nei limiti in cui, naturalmente, sia possibile attribuire un significato alla disposizione testamentaria. Si immagini, per esempio, un testamento scritto in dialetto o in modo incomprensibile: il quale, però, [...] possiede l'attitudine a produrre effetti. L'interprete, prima di concludere che il testamento è inefficace perché incomprensibile, deve ricercare le abitudini di vita del testatore [ed è] onerato di ricercare il significato delle espressioni. [...] Dunque, solo laddove sia impossibile conferirle un significato, bisogna negare l'effetto ad una disposizione testamentaria»<sup>21</sup>.

Per citare un'altra interessante questione in tema di interpretazione civilistica è utile accennare alla questione della cosiddetta *donazione di modico valore*, ossia la donazione di un bene mobile di valore contenuto. Mentre la donazione deve essere normalmente fatta con atto pubblico, sotto pena di nullità (art.782 c.c.), quella di modico valore è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la consegna materiale del bene mobile (art.783 c.c.). Non vi sono parametri oggettivi forniti dal legislatore per stabilire quando una donazione è di modico valore, dunque deve intervenire l'attività ermeneutica. Giurisprudenza e dottrina concordano nell'affermare che occorre considerare sia il valore economico effettivo del bene mobile donato, sia il valore soggettivo in relazione al patrimonio del donante. Pertanto una donazione di scarso valore economico può non essere considerata modica se il donante è in condizioni economiche modeste. Al contrario, una donazione di elevato valore economico sarà considerata modica se il donante è una persona economicamente agiata. Irrilevante ai fini della decisione è invece la situazione economica del beneficiario della donazione.

## 2) L'attività ermeneutica nel diritto penale

Altrettanto rilevante è la questione ermeneutica nel diritto penale<sup>22</sup>. Innanzitutto l'interpretazione permette di conciliare l'astrattezza della norma con la singolarità del caso concreto oggetto del giudizio penale. Si tratta di un'operazione che per il giudice-interprete in materia penalistica diviene ancor più delicata, posto che conseguenza del giudizio è l'inflizione di una pena che, nella maggior parte dei casi, è limitativa della libertà personale: *ergastolo*, *reclusione* o *arresto* (art.17 c.p.).

L'attività ermeneutica si è resa poi maggiormente necessaria in seguito alla promulgazione della Costituzione repubblicana nel 1948. Il vigente codice penale, entrato in vigore nel 1930, risente naturalmente del pensiero giuridico dell'epoca.

<sup>21</sup> E. Del Prato, *Dieci lezioni sul contratto*, Cedam, Milano 2011, pag. 14.

<sup>22</sup> In questa trattazione, per ragioni di semplicità, si utilizzerà sempre il termine generico *reato* senza la distinzione in delitti e contravvenzioni.

Alcune previsioni chiaramente incostituzionali, come la pena di morte, sono state eliminate. Tuttavia permangono alcune norme incriminatrici fortemente discusse come ad esempio quelle che prevedono una responsabilità oggettiva, cioè non direttamente legata ad una condotta del soggetto agente, in contrasto con l'art.27 della Costituzione<sup>23</sup>, secondo cui la responsabilità penale è personale (primo comma) e la pena deve tendere alla rieducazione del condannato (terzo comma): in questo ambito risulta fondamentale l'attività interpretativa della Corte Costituzionale che ha precisato i limiti di queste discusse norme.

Nelle pagine che seguono si tratteranno alcune sentenze in cui l'attività ermeneutica ha assunto un ruolo decisivo, con particolare riferimento a pronunce della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione. Tali decisioni, nello specifico, riguardano: 1) il principio di offensività; 2) la questione dell'ignoranza della legge penale ed il problema dei residui di responsabilità oggettiva; 3) i limiti della legittimità della norma che sanziona penalmente l'aiuto al suicidio; 4) il nesso causale nei casi di condotta omissiva ed il concetto di probabilità logica; 5) i parametri di distinzione tra colpa cosciente e dolo eventuale.

## **2.1) Il principio di offensività. La sentenza n.62/1986 della Corte Costituzionale. Un'interessante sentenza della Corte di Assise di Appello di Brescia**

Secondo la Corte Costituzionale l'art.27 terzo comma della Costituzione, disponendo che la pena deve tendere alla rieducazione del condannato, ha inoltre implicitamente sollecitato il giudice che irroga la sanzione penale a verificare se vi sia stata, nella condotta posta in essere dall'imputato, un'offesa al bene tutelato dalla norma incriminatrice, offesa tale da giustificare la pena e, di conseguenza, la rieducazione. In altri termini: non è possibile condannare un soggetto per la mera violazione di una norma, ma occorre che abbia leso o messo in pericolo il bene che la norma mira a proteggere. È questo il cosiddetto *principio di offensività*. La Corte Costituzionale, riguardo al tema dell'offensività, in una sentenza del 1986 scrive: «*che [il] principio [di offensività] debba reggere ogni interpretazione di norme penali è ormai canone unanimemente accettato. Spetta al giudice, dopo aver ricavato dal sistema tutto e dalla norma particolare interpretata, il bene od i beni tutelati attraverso l'incriminazione d'una determinata fattispecie tipica, determinare, in concreto, ciò [...] che, non raggiungendo la soglia dell'offensività dei beni in discussione, è fuori del penalmente rilevante*» (Corte Costituzionale, sentenza 19 marzo 1986 n.62). È chiaro quindi che non sempre alla violazione di una norma corrisponde un'offesa al bene che la norma mira a proteggere. In questo senso emerge il ruolo necessario dell'interpretazione nel giudizio penale, perché senza la valutazione sull'offensività si potrebbe condannare meccanicamente qualsiasi violazione della norma incriminatrice, anche se tale violazione si concreta nel furto di una mela. Volgendo lo sguardo ad un caso più esplicativo di quello del furto della mela è possibile ricordare una sentenza (Corte di assise di appello di Brescia, sentenza 17 Luglio 2017) della Corte di assise di appello di Brescia che, dopo aver condannato all'ergastolo M. Bossetti per

<sup>23</sup> Art.27 Cost: "La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole fino a sentenza definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte".

l'omicidio commesso in danno della tredicenne Yara Gambirasio, ha comunque assolto l'imputato, facendo leva sul *principio di offensività*, dal reato di calunnia (art.368 c.p.)<sup>24</sup> Durante uno degli interrogatori davanti al Pubblico Ministero, Bossetti aveva accusato il collega M. Maggioni di essere un soggetto sessualmente interessato a giovani ragazze nonché individuo capace di uccidere Yara contaminandone il corpo con il suo (di Bossetti) DNA per incastrarlo. La sentenza in esame, richiamando due pronunce della Suprema Corte (Cassazione, sentenza 22/01/2014 n.10282; Cassazione, sentenza 2/10/2014 n.14042) ha affermato che occorre escludere *«la stessa configurabilità dell'elemento materiale del delitto di calunnia nel caso in cui l'accusa si compendia in circostanze assurde, inverosimili o grottesche, tali da non poter ragionevolmente adombrare - perché in contrasto con i più elementari principi della logica e del buon senso - la concreta ipotizzabilità del fatto»* (Corte di assise di appello di Brescia, sentenza 17 luglio 2017). In un passaggio particolarmente significativo della sentenza si legge: *«Quando manca la stessa possibilità di inizio del procedimento penale a carico dell'incolpato per manifesta inverosimiglianza dell'allegazione accusatoria, il fatto di calunnia non sussiste [...] Ritiene questa Corte che proprio l'esame dei tempi, delle modalità e del contenuto delle affermazioni di Bossetti convinca sul fatto che le accuse dallo stesso formulate fossero talmente assurde ed incredibili da non potere con immediatezza e ragionevolmente in alcun modo adombrare, perché in contrasto con i più elementari e principi della logica del buon senso, la concreta ipotizzabilità del reato. Al riguardo, si sottolinea, infatti, che Bossetti non si è limitato a sostenere che Maggioni, lavorando con lui, avrebbe potuto avere attrezzi o altro materiale contenenti tracce biologiche a lui riconducibili, che potevano aver contaminato il cadavere [...] ma [lo] ha accusato di aver recuperato uno straccio o un guanto intriso del suo sangue e un filo del suo cappello e di aver commesso l'omicidio proprio allo scopo di far accusare lui, posizionando ad arte le prove raccolte in precedenza. [...] In altri termini, è proprio la motivazione data da Bossetti all'omicidio di Yara da parte del Maggioni (secondo Bossetti, Maggioni avrebbe commesso l'omicidio di Yara solo perché voleva farlo accusare di tale fatto in quanto aveva dei dissidi con lui) che rende le sue accuse (false) del tutto assurde e inverosimili essendo con immediatezza del tutto evidente che una persona non poteva avere commesso un fatto così grave, come quello di uccidere una ragazzina tredicenne, solo perché nutriva rancore nei confronti di Bossetti per questioni tutto sommato poco rilevanti. Deve, quindi, ritenersi che proprio l'assurdità e l'assoluta inverosimiglianza delle accuse rivolte dal Bossetti al Maggioni, immediatamente apprezzabile non solo per il loro contenuto, ma anche per lo stato avanzato in cui si trovavano l'indagato rendevano tali accuse non in grado di fare ragionevolmente adombrare la concreta ipotizzabilità del reato»* (ivi). In sostanza i giudici hanno ritenuto che le dichiarazioni di Bossetti contro il collega fossero talmente assurde e contrarie a logica e buon senso da non offendere il bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. L'art. 368 c.p. è contenuto infatti nel titolo del codice penale dedicato ai reati contro l'amministrazione della giustizia e dunque ci si è chiesti se questa fosse stata offesa dalla condotta di Bossetti. Secondo la Corte, poiché le indagini ormai erano concluse e sostenute da pesanti elementi indiziari a carico di Bossetti, le accuse rivolte da quest'ultimo a Maggioni non hanno sviato l'attenzione dell'autorità inquirente e pertanto l'amministrazione della giustizia non è stata messa in pericolo. Anche ritenendo che i beni tutelati siano l'onore e la libertà del soggetto calunniato, non sarebbe possibile considerare la condotta di Bossetti come offensiva

<sup>24</sup> Art.368 c.p.: «Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'Autorità giudiziaria [...] incolpa di un reato taluno che egli sa innocente [...] è punito con la reclusione da due a sei anni».

di quei beni, posto che Maggioni, sulla base di quelle assurde dichiarazioni del suo accusatore, non ha subito alcuna conseguenza negativa, nemmeno qualificabile come mero sospetto: il PM infatti non aveva mai creduto a quelle accuse, considerandole immediatamente un tentativo disperato di allontanare da sé la responsabilità. In conclusione possiamo affermare che, in tema di *principio di offensività*, l'attività ermeneutica, ancorata all'art.27 terzo comma della Costituzione, è una necessaria garanzia contro l'inflizione di sanzioni penali per la commissione di fatti che, non ledendo concretamente alcun bene, non meritano la privazione della libertà personale.

## **2.2) L'ignoranza della legge penale. La responsabilità oggettiva. La sentenza 364/1988 della Corte Costituzionale. Il caso Ronci**

L'art.5 del codice penale dispone che: «*Nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale*». In sostanza, un soggetto che commette un reato non può discolarsi asserendo che non era a conoscenza della norma incriminatrice violata. Si tratta di un principio basilare del nostro ordinamento, che tuttavia, operando inizialmente anche nei casi di ignoranza inevitabile, è stato giustamente corretto da una celebre decisione della Corte Costituzionale: la sentenza 23 marzo 1988 n.364. Il caso concreto riguardava un certo M. Marchegiani il quale aveva eseguito «senza concessione edilizia notevoli opere di bonifica di un terreno agricolo e per finalità agricole, con esclusione d'ogni intento edificatorio» (Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 1988 n.364). Gli era quindi stato contestato il reato (più precisamente, la contravvenzione) di cui all'art. 17, lett. b), legge 28 gennaio 1977, n. 10 che imponeva invece di eseguire i suddetti lavori previa assegnazione della concessione edilizia. Il giudice a cui era stato sottoposto il caso aveva sollevato la questione di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale, ritenendo «*non manifestamente infondata*» la tesi difensiva del Marchegiani secondo cui l'imputato non poteva essere condannato perché, in buona fede, non era a conoscenza della norma incriminatrice violata, tanto più che non si trattava di una disposizione contenuta nel codice penale ma in una delle innumerevoli leggi in materia edilizia. In particolare la difesa sosteneva che l'art.5 c.p. era parzialmente in contrasto con il terzo comma dell'art.27 della Costituzione, che dispone che «*le pene [...] devono tendere alla rieducazione del condannato*»; in questo senso, se la pena mira a rieducare il condannato, il presupposto dell'inflizione della pena dovrebbe essere una condotta riprovevole del soggetto agente, e pertanto non sarebbe giusto condannarlo qualora abbia agito in buona fede nell'ignoranza della norma. La Corte Costituzionale, in questa storica sentenza, non solo ha ridotto l'estensione incriminatrice dell'art.5 c.p., ma ha specificato che il giudice non può condannare un soggetto per la mera violazione di una norma, qualunque essa sia, ma è obbligato a valutare se la sua condotta è stata riprovevole e quindi meritevole della sanzione penale. La sentenza in esame, pertanto, va osservata sia sotto il profilo dell'ignoranza della legge penale, sia più ampiamente per quanto concerne la questione della responsabilità oggettiva. Per quanto riguarda il primo aspetto, la Corte scrive: «*L'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito: la più certa delle leggi ha bisogno di letture ed interpretazioni sistematiche [...] La violazione del divieto di commettere reati, avvenuta nell'ignoranza della legge penale, può [certo] dimostrare che l'agente non ha prestato alle leggi dello Stato tutta l'attenzione dovuta. [...] Ma se non v'è stata alcuna violazione di quest'ultima, se il cittadino, nei limiti possibili, si è dimostrato ligio al dovere [...] e, ciò malgrado, continua ad ignorare la legge, deve concludersi che la sua ignoranza è inevitabile e, pertanto, scusabile. [...] Non*

può disconoscersi, tuttavia, l'esistenza [...] di doveri strumentali, d'attenzione, prudenza [...] nel muoversi in campi prevedibilmente lesivi di interessi altrui; doveri già incombenti prima della violazione delle singole norme penali, mirati, attraverso il loro adempimento e, conseguentemente, attraverso la raggiunta conoscenza delle leggi, a prevenire (appunto inconsapevoli) violazioni delle medesime. Inadempiti tali doveri, l'ignoranza della legge risulta inescusabile, evitabile. Adempiti ai medesimi la stessa ignoranza, divenuta inevitabile e, pertanto, scusabile, esclude, la rimproverabilità e, pertanto, la responsabilità penale. [...] Per questi motivi la Corte, riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inexcusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile» (ivi). In sostanza secondo la Corte l'art.5 c.p. non è radicalmente incostituzionale, perché in capo a ciascun cittadino vi è un dovere di attenzione alle leggi, specialmente nel muoversi in territori potenzialmente lesivi di interessi altrui. Ad ogni modo, qualora nonostante l'adempimento di tali doveri l'ignoranza della legge penale risulti inevitabile, non si può condannare colui che, in buona fede, ha violato la norma. Si tratta chiaramente di una valutazione soggettiva che sfugge all'esecuzione meccanica di una prescrizione normativa e che sottolinea la necessità dell'attività interpretativa. La Corte ha affermato, come si è visto, che la conoscenza effettiva della legge penale è un requisito minimo di imputazione. Per quanto concerne gli altri requisiti minimi d'imputazione i giudici costituzionali hanno specificato inoltre che il primo comma dell'art.27 della Costituzione, secondo cui la responsabilità penale è personale, va letto in relazione al terzo comma e pertanto esclude non solo la responsabilità per fatto altrui ma anche la responsabilità oggettiva. Cercando di semplificare questa delicata questione tecnico-giuridica occorre innanzitutto ricordare che la responsabilità è definita oggettiva quando non deriva direttamente da una condotta del soggetto su cui si forma tale responsabilità. Un classico esempio, oltre alla violazione di una norma penale di cui si ignorava l'esistenza, è quello del palo durante un furto presso un'abitazione: il palo, ai sensi dell'art.116 c.p. (*Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti*)<sup>25</sup> è chiamato a rispondere del reato più grave di rapina (art.628 c.p.) qualora i suoi complici, invece di consumare un semplice furto in abitazione (art.624 bis c.p.) come concordato nel piano criminale, abbiano esercitato violenza e minaccia contro gli abitanti dell'immobile, configurando appunto il reato di rapina<sup>26</sup>. In questo caso, stando alla lettera della suddetta norma, il palo viene chiamato a rispondere di rapina anche se né materialmente né psicologicamente ha aderito all'azione criminosa. Nonostante si tratti di una norma, così come le altre che prevedono simili responsabilità, che suscita dubbi di radicale legittimità, la Corte costituzionale non le ha mai dichiarate incostituzionali, preferendo la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata. La Corte Costituzionale ha affermato che la responsabilità oggettiva è in contrasto con l'art.27 della Costituzione letto nel suo insieme. In effetti, corroborando il primo comma con il terzo, si deve concludere che la responsabilità è personale non solo nel senso di escludere la responsabilità per fatto altrui: ma, poiché la pena tende alla rieducazione, occorre anche che alla base della condanna vi sia una condotta riprovevole, escludendo quindi i casi di responsabilità oggettiva. Allora viene naturale chiedersi cosa ne è delle varie norme che prevedono una responsabilità oggettiva, dal momento che, come già ricordato, non sono state dichiarate illegittime. La Corte Costituzionale, con la decisione in esame (e poi con la sentenza 1085/1988), ha affermato sostanzialmente che, per legittimare una condanna, occorre che il soggetto

<sup>25</sup> Art.116 c.p.: «Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde [...]».

<sup>26</sup> Il reato di cui all'art.624 c.p. è punito con la reclusione da tre a sei anni, mentre la rapina, art.628 c.p., è sanzionata con la più severa pena da quattro a dieci anni.

agente sia psicologicamente collegato, se non con dolo quantomeno con colpa, all'evento finale. Più precisamente, nella sentenza 1085/1988 si legge quanto segue: «Perché l'art. 27 primo comma Cost. sia pienamente rispettato e la responsabilità penale sia autenticamente personale, è indispensabile che tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie siano soggettivamente collegati all'agente (siano, cioè, investiti dal dolo o dalla colpa) ed è altresì indispensabile che tutti e ciascuno dei predetti elementi siano allo stesso agente rimproverabili» (Corte Costituzionale, sentenza 1085/1988). Questa impostazione è stata criticata perché affermando che il soggetto deve essere quantomeno in colpa si rischia di considerare colpose alcune condotte in relazione a reati che però non sono previsti come reati colposi, quando il codice impone invece che questi debbano essere appunto espressamente previsti come tali (art.42 secondo comma c.p.);<sup>27</sup> per esempio il palo del furto che diventa rapina potrebbe essere chiamato a rispondere per colpa di un reato (la rapina) che colposo non è. Tralasciando le critiche e la considerazione che forse la questione andrebbe risolta non con un'interpretazione costituzionalmente orientata ma con una radicale dichiarazione d'illegittimità delle norme che prevedono una responsabilità oggettiva oppure con una riforma legislativa, quella imposta dalla Corte è una valutazione che deve indagare aspetti soggettivi, ribadendo nuovamente l'importanza dell'attività ermeneutica. Questa permette infatti di conformare al dettato costituzionale quelle disposizioni che lasciano spazio ad applicazioni non rispettose dell'art.27 (primo e terzo comma). È opportuno a questo punto affrontare un caso concreto riguardante una norma che, alla lettera, prevede una responsabilità oggettiva e che, nonostante le indicazioni della Corte Costituzionale, una certa giurisprudenza ha continuato ad applicare meccanicamente senza le necessarie valutazioni. Il caso riguarda uno spacciatore di sostanze stupefacenti, tale I. Ronci, il quale aveva venduto due dosi di eroina a R. Nera. Quest'ultimo si era infatti accordato con i suoi due amici E. Morasca e B. Bennuti per consumare insieme dell'eroina, e quindi si era recato presso il Ronci ad acquistarla. I tre amici consumano le dosi e subito dopo il Morasca, già in non ottime condizioni di salute, accusa un malore e purtroppo muore. La Procura della Repubblica contesta al Ronci il reato di cui all'art.586 c.p. (*Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*)<sup>28</sup> (norma che a sua volta rimanda all'art.83 c.p. (*Evento diverso da quello voluto dall'agente*)<sup>29</sup>). Dalla corroborazione delle due norme emerge in sostanza che «quando da un fatto preveduto come delitto colposo deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona» (art.586 c.p.) «il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo» (art.83 c.p.). In breve: alla base vi è un delitto doloso, che in questo caso consiste nella cessione della sostanza stupefacente (art. 73 d.p.R. 309/90)<sup>30</sup> da cui poi deriva un evento non voluto dal colpevole, ossia la morte del Morasca. Secondo la Procura, applicando l'art.586 il Ronci deve essere ritenuto responsabile anche dell'evento morte, e meritevole della pena prevista dall'art.589 (*Omicidio colposo*)<sup>31</sup>. Applicato al caso concreto qui esaminato l'art. 586 sembra prevedere una responsabilità oggettiva perché chiama a rispondere un soggetto per un evento non

<sup>27</sup> Art.42 secondo comma c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente previsti dalla legge».

<sup>28</sup> Art.586: «Quando da un fatto preveduto dalla legge come delitto doloso deriva, quale conseguenza non voluta dal colpevole, la morte o la lesione di una persona, si applicano le disposizioni dell'art.83, ma le pene stabilite negli art.589 e 590 sono aumentate».

<sup>29</sup> Art.83: «[...]se, per errore nei mezzi di esecuzione del reato, o per un'altra causa, si cagiona un evento diverso da quello voluto, il colpevole risponde, a titolo di colpa, dell'evento non voluto, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo».

<sup>30</sup> Si tratta del *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*; in particolare l'art.73 dispone che «chiunque [...] vende, offre [...] cede, distribuisce, commercia (...) invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope [...] è punito con la reclusione da sei a venti anni [...]».

<sup>31</sup> Art.589 c.p.: «Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni». Nel caso di Ronci, secondo quanto disposto dall'art.586, la pena prevista per l'omicidio colposo deve essere aumentata.

solo non voluto ma del tutto imprevedibile, considerato anche il fatto che l'uomo deceduto non è neanche colui al quale aveva venduto le dosi. Al termine del giudizio di appello Ronci viene condannato anche per la morte del Morasca e pertanto impugna la sentenza in Cassazione. Data la complessità della questione si sono pronunciate le Sezioni Unite. Le Sezioni Unite, in riforma della sentenza di appello, assolvono il Ronci dal reato di cui all'art.586. Nella motivazione i giudici ricordano le sentenze della Corte Costituzionale sulla responsabilità oggettiva (364/1988; 1085/1988), ribadendo quindi la necessità di dimostrare che l'imputato sia collegato psicologicamente, quantomeno per colpa, all'evento non voluto. Scrivono le Sezioni Unite: *«Lo spacciatore potrà ritenersi esente da colpa quando una attenta e prudente valutazione di tutte le circostanze del caso concreto non faccia prevedere l'evento morte [...] La colpa potrà invece essere ravvisabile quando la morte sia prevedibile, ed anche quando non sia prevista perché una circostanza pericolosa sia stata ignorata per colpa o sia stata erroneamente valutata sempre per colpa. [...] La colpa andrà accertata sempre e soltanto in concreto, sulla base delle circostanze di fatto di cui il soggetto era o poteva essere a conoscenza e che dimostravano il concreto pericolo di un evento letale a seguito dell'assunzione di una determinata dose di droga da parte dello specifico soggetto. All'agente è peraltro richiesto un particolare livello di attenzione e di prudenza, sicché lo stesso potrà essere ritenuto in colpa qualora non si sia astenuto dal cedere lo stupefacente dinanzi ad una circostanza dal significato equivoco o comunque quando abbia ignorato una circostanza pericolosa o sia caduto in errore sul suo significato e l'ignoranza o l'errore siano determinati da colpa, e siano quindi a lui rimproverabili perché non inevitabili. In via generale dovrà dunque escludersi la responsabilità del cedente per la morte del cessionario in tutte le ipotesi in cui la morte risulti in concreto imprevedibile, in quanto intervenuta per effetto di fattori non noti o non rappresentabili dal cedente. [...] In conclusione, va dunque affermato il principio che, nell'ipotesi di morte verificatasi in conseguenza dell'assunzione di sostanza stupefacente, la responsabilità penale dello spacciatore ai sensi dell'art. 586 cod. pen. per l'evento morte non voluto richiede che sia accertato non solo il nesso di causalità tra cessione e morte, non interrotto da cause eccezionali sopravvenute, ma anche che la morte sia in concreto rimproverabile allo spacciatore e che quindi sia accertata in capo allo stesso la presenza dell'elemento soggettivo della colpa in concreto»* (Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 29 maggio 2009 n.22676). Nel caso di specie lo spacciatore non poteva prevedere che l'acquirente avrebbe condiviso le dosi con il Morasca e che quest'ultimo, in condizioni di salute già compromesse, sarebbe deceduto a causa dell'assunzione dell'eroina. Non è rilevante, secondo la sentenza, nemmeno il fatto che lo spacciatore avrebbe dovuto considerare che l'eroina può generalmente causare il decesso di chi l'assume: la colpa, infatti, va accertata in concreto e non sulla base della probabilità astratta che possa verificarsi un evento. Al cessionario di sostanze stupefacenti si impone comunque un dovere di attenzione e di prudenza che lo obbliga ad astenersi dalla cessione della dose qualora il compratore appaia in condizioni fisiche tali da lasciar prevedere un evento dannoso. In tema di ignoranza della legge penale e di residui di responsabilità oggettiva possiamo considerare l'attività ermeneutica anche come mezzo costituzionalmente orientato di correzione di quelle norme che, dopo la promulgazione della Costituzione, avrebbero forse meritato attenzioni da parte del legislatore o comunque una presa di posizione più radicale da parte della Corte Costituzionale.

### 2.3) Limiti della legittimità dell'art.580 c.p. Il caso di Marco Cappato

Non sembra infondata, come si è già accennato, la tesi avanzata da una parte della dottrina secondo cui talvolta sarebbe necessario un intervento del legislatore più che una sentenza interpretativa costituzionalmente orientata. Si pensi al famoso caso di Fabiano Antoniani, meglio conosciuto come DJ Fabo, che a causa di un incidente d'auto era rimasto cieco e tetraplegico, decidendo pertanto di porre fine alla propria esistenza biologica rivolgendosi ad una clinica svizzera per effettuare un suicidio assistito, legalmente consentito nel paese elvetico. Non potendosi muovere in modo autonomo, chiaramente Antoniani doveva essere accompagnato presso la clinica in Svizzera, ma l'accompagnatore avrebbe così commesso il reato di cui all'art.580 c.p. che così dispone: «*Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni [...]*». Di questa responsabilità si è fatto carico l'attivista radicale Marco Cappato, che subito dopo l'avvenuto suicidio di Antoniani si è recato presso la Procura di Milano ad autodenunciarsi per il reato commesso. Nel procedimento a suo carico il Pubblico Ministero non ha assunto un atteggiamento accusatorio ma ha evidenziato dei possibili profili d'illegittimità della norma incriminatrice. Il giudice al quale viene sottoposto il caso di Marco Cappato solleva giustamente la questione di legittimità dinnanzi alla Corte Costituzionale. La Corte Costituzionale, dopo aver emesso una prima sentenza in cui invitava il legislatore ad intervenire per chiarire i limiti della norma, ha pronunciato una seconda sentenza che ne limita l'estensione incriminatrice. In particolare, la Corte ha dichiarato «*l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del Codice Penale di chi [...] agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli*» (Corte Costituzionale, sentenza n. 242 del 2019). Ecco quindi un altro caso in cui l'attività ermeneutica emerge come fondamentale strumento di correzione nei casi di inerzia del legislatore che non vuole intervenire sulla questione per timore delle reazioni di una parte consistente dell'elettorato che, per ragioni etiche e religiose, ritiene abominevole la pratica del suicidio assistito. Fortunatamente, tra le tante polemiche e gli interrogativi etici, la Corte Costituzionale è intervenuta mettendo al centro dell'ordinamento non la religione ma il diritto.

### 2.4) Le leggi statistiche e la probabilità logica nella sentenza Franzese. Concorso di cause ed interruzione del nesso causale

Di fondamentale rilevanza, nella configurazione di una responsabilità penale, è che vi sia un nesso causale tra la condotta dell'imputato e l'evento dannoso o pericoloso offensivo di un bene giuridicamente tutelato (art.40 primo comma c.p.)<sup>32</sup> Particolarmente delicata è l'operazione di accertamento del nesso causale, soprattutto quando la condotta è omissiva, cioè quando consiste in un non fare, in una inazione. Nel giudizio è necessario verificare se a causa dell'omissione posta in essere dall'imputato si sia verificato l'evento o se, viceversa, si sarebbe verificato ugualmente. I casi più frequenti e dibattuti riguardano l'attività medico-sanitaria: una diagnosi errata con conseguente omissione delle cure adeguate possono ovviamente

<sup>32</sup> Art.40 primo comma c.p.: «Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione».



causare gravi conseguenze al paziente, per le quali il medico può essere chiamato a rispondere ad esempio di lesioni personali colpose (art.590 c.p.)<sup>33</sup> e di omicidio colposo (art.589 c.p.)<sup>34</sup>. In simili casi, per accertare il nesso causale occorre innanzitutto individuare la condotta che il medico avrebbe dovuto tenere (la cosiddetta *condotta doverosa*) e verificare se tale condotta avrebbe evitato l'evento dannoso per il paziente o se invece l'evento si sarebbe ugualmente verificato. È chiaro che nella questione entrano in gioco leggi scientifiche e statistiche, dovendosi determinare l'incidenza che avrebbe avuto una corretta diagnosi sul paziente. Il discorso ovviamente non è limitato ai casi di condotte omissive da parte dei medici. È possibile ricordare anche le vicende, purtroppo sempre più attuali, relative a operai che trovano la morte perché il datore di lavoro non ha adottato le necessarie misure di sicurezza; vi sono inoltre casi di soggetti affetti da HIV che non informano il proprio partner della malattia, intrattenendovi comunque rapporti sessuali non protetti trasmettendo il virus. Per decenni la giurisprudenza ha ritenuto che, al fine di determinare un nesso causale penalmente rilevante tra la condotta omissiva ed il danno subito dalla presunta parte lesa, occorresse un'elevata probabilità statistica vicino alla certezza scientifica, oggettiva, e quindi prossima al 100%. Chiaramente, trattandosi di una soglia probabilistica altissima, raramente si riusciva a dimostrare il nesso causale. Nel 2002 è poi arrivata una sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, conosciuta come *Sentenza Franzese*, che ha introdotto importanti novità. Il caso concreto riguardava il caso del dottor S. Franzese, accusato di omicidio colposo «*per aver, in qualità di responsabile della XVI divisione di chirurgia dell'ospedale Cardarelli, dove era stato ricoverato [...] P. Castellone dopo aver subito [...] un intervento chirurgico d'urgenza per perforazione ileale, [...] determinato l'insorgere di una sepsi addominale [...] che cagionava [...] la morte del paziente*» (Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 11/09/2002 n. 30328). Più precisamente, in punto di fatto era emerso che «*l'imputato non aveva compiuto durante il periodo di ricovero del paziente una corretta diagnosi né praticato appropriate cure, omettendo per negligenza e imperizia di valutare i risultati degli esami ematologici [...] e di curare l'allarmante granulocitopenia [ossia una diminuzione dei granulociti, un tipo di globuli bianchi contenenti granulazioni nel citoplasma] con terapie mirate [...] autorizzando anzi l'ingiustificata dimissione del paziente, giudicato in via di guarigione chirurgica. Diagnosi e cura che, se doverosamente realizzate, sarebbero invece state, secondo i consulenti medico-legali e gli autorevoli pareri della letteratura scientifica in materia, idonee ad evitare la progressiva evoluzione della patologia infettiva letale con alto grado di probabilità logica e razionale*» (ivi). Le Sezioni Unite, in punto di diritto, devono risolvere un rilevante quesito: «*se in tema di reato colposo omissivo [...] la sussistenza del nesso di causalità fra condotta omissiva ed evento [...] debba essere ricondotta all'accertamento che con il comportamento dovuto ed omissivo l'evento sarebbe stato impedito con elevato grado di probabilità vicino alla certezza, e cioè in una percentuale quasi prossima a cento, ovvero siano sufficienti a tal fine, soltanto serie ed apprezzabili probabilità di successo della condotta che avrebbe dovuto impedire l'evento*» (ivi). Vediamo allora quali sono state le conclusioni delle Sezioni Unite, posto che da un punto di vista statistico la probabilità che l'azione doverosa avesse salvato la vita al paziente non raggiungeva il rango della certezza. Secondo i supremi giudici non è necessaria una certezza scientifica o un'alta probabilità statistica per determinare il nesso causale, ma è sufficiente un alto grado di probabilità logica capace di configurare una certezza processuale, sempre che si riesca ad escludere ogni altro possibile fattore causale

<sup>33</sup> Art.590 c.p.: «Chiunque cagiona ad altri per colpa una lesione personale è punito con la reclusione fino a tre mesi [...]».

<sup>34</sup> Art.589 c.p.: «Chiunque cagiona per colpa la morte di una persona è punito con la reclusione da sei mesi a cinque anni».

alternativo, andando cioè al di là di ogni ragionevole dubbio nel rispetto dell'art.533 c.p.p.<sup>35</sup>. L'innovazione della Sentenza Francese consiste quindi nell'aver introdotto il concetto di *alto grado di probabilità logica e razionale*. Non sono più necessarie certezze scientifiche o alte probabilità statistiche vicine al 100%, ma basta una certezza processuale basata sulla probabilità logica e sull'esclusione delle altre possibili cause. L'impostazione della sentenza in esame non rientra nel mondo oggettivabile della scienza e della statistica ed evidenzia nuovamente la centralità dell'attività ermeneutica. L'alta probabilità logica e l'esclusione delle alternative, pur ancorandosi necessariamente a dati oggettivi forniti da norme, consulenti e periti, richiedono una valutazione non riducibile ad una mera esecuzione. Un ulteriore ambito dove l'interpretazione gioca un ruolo decisivo è certamente quello del concorso di cause. L'art.41 primo comma c.p.<sup>36</sup> stabilisce in sostanza che se oggetto del giudizio è una condotta che ha causato un determinato evento, il nesso causale non viene meno qualora vi siano altre cause che hanno contribuito alla verifica di quell'evento. Il secondo comma specifica poi che *«le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento»*. Quali sono allora le cause sufficienti a determinare l'evento? Dai lavori preparatori al codice penale emerge l'esempio dell'incendio dell'ospedale che provoca la morte di un paziente ricoverato per delle lesioni: come causa sopravvenuta eccezionale l'incendio interrompe il nesso tra la morte del paziente e la condotta del soggetto che aveva provocato le lesioni. In linea teorica la questione sembra risolversi facilmente. Ad ogni modo il problema posto dalla norma citata emerge molto spesso, anche qui, nei casi di colpa medica. Quando è che l'errore medico interrompe il nesso con una condotta precedente? Il tema è attualissimo e merita attenzione. Un'interessante pronuncia della Cassazione è intervenuta sul tema stabilendo che la colpa medica interrompe il nesso qualora abbia *«incommensurabilmente»* – termine utilizzato dalla sentenza in esame - aumentato il rischio della verifica dell'evento. Per l'interruzione del nesso occorre in sostanza una sproporzione tra la condotta iniziale e quella successiva del medico. Si pensi per esempio al seguente caso: Tizio rompe una gamba a Caio. Caio viene ricoverato in ospedale. Per un gravissimo errore medico nel corso dell'operazione, Caio muore. Si considera la colpa del medico *«incommensurabilmente»* più incisiva sull'evento rispetto alla rottura di una gamba. È utile a questo punto leggere alcuni passaggi di questa sentenza, non solo perché sintetizza e chiarisce brillantemente la questione, ma anche perché utilizza degli esempi davvero efficaci: *«La Suprema Corte ha ripetutamente escluso che, nel caso di lesioni personali seguite da decesso della vittima dell'azione delittuosa, l'eventuale negligenza o imperizia dei medici possa elidere il nesso di causalità tra la condotta lesiva dell'agente e l'evento morte. La colpa dei medici, infatti, anche se grave, non può ritenersi causa autonoma ed indipendente rispetto al comportamento dell'agente che, provocando il fatto lesivo, ha reso necessario l'intervento dei sanitari. Infatti la negligenza o imperizia dei medici non costituisce di per sé un fatto imprevedibile, eccezionale, atipico rispetto alla serie causale precedente di cui costituisce uno sviluppo evolutivo normale anche se non immancabile. [...] È da rimarcare che il nesso causale è stato escluso in un caso [particolare]. Si era in presenza di un errore macroscopico del sanitario: una persona che viaggiava a bordo di un'auto subiva lesioni non molti gravi (frattura del femore e stato commotivo) a seguito di un incidente stradale nel quale si evidenziava la colpa del conducente; ricoverata in ospedale veniva sottoposta ad intervento*

<sup>35</sup> Art.533 c.p.p.: «Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio».

<sup>36</sup> Art.41 primo comma c.p.: «Il concorso di cause preesistenti o simultanee o sopravvenute [...] non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento».

*chirurgico di osteosintesi gravato da errori di esecuzione (applicazione al femore fratturato di viti che, per la loro eccessiva lunghezza determinavano emorragie, infezione e cancrena); tale situazione determinava la necessità di tre emotrasfusioni; nell'esecuzione di tali trasfusioni il medico errava nell'individuazione del gruppo sanguigno con esito letale. La Corte ha ritenuto che tale finale condotta erronea, pur inserendosi nella serie causale dipendente dalla condotta dell'automobilista che provocò l'incidente, agì "per esclusiva forza propria" ed interruppe il nesso di condizionamento. Rispetto all'evento morte l'originaria condotta colposa dell'automobilista, pur costituendo un antecedente necessario per l'efficacia delle cause sopravvenute, assume non il ruolo di fattore causale ma di semplice occasione. [...] L'approccio fondato sulla comparazione dei rischi consente di escludere l'imputazione al primo agente quando le lesioni originarie non avevano creato un pericolo per la vita, ma l'errore del medico attiva un decorso mortale che si innesta sulle lesioni di base e le conduce a processi nuovi e letali: viene creato un pericolo inesistente che si realizza nell'evento. [...] La teoria del rischio spiega bene l'esclusione dell'imputazione del fatto nel caso dell'emotrasfusione sbagliata: vi è una tragica incommensurabilità tra la situazione non grave di pericolo determinata dall'incidente, che aveva comportato la rottura del femore, e l'esito mortale determinato dal macroscopico errore nell'individuazione del gruppo sanguigno» (Cassazione, sentenza 05/05/2015 n. 985). Chiaramente si tratta di una questione risolvibile solo dopo un'attenta valutazione delle condotte, delle circostanze, dei fatti. L'aumento del rischio e l'incommensurabile sproporzione tra due condotte non sono concetti legati a precisi ed oggettivi parametri matematici, ma richiedono la capacità interpretativa di colui che è chiamato al giudizio.*

## **2.5) La distinzione tra colpa cosciente e dolo eventuale. La sentenza Espenhahn. Giudizio penale e giudizio etico**

La questione che forse nel diritto penale richiede maggiormente un supporto interpretativo è quello dell'*elemento psicologico* del reato (il reato si compone di un elemento materiale – condotta, evento e nesso causale – e di un elemento psicologico che indica lo stato soggettivo del reo al momento della commissione del fatto). Si tratta di fatto di un elemento non oggettivabile, non delineabile con esattezza scientifica, che indaga sull'intenzione o non intenzione dell'individuo di causare un determinato evento. Dall'art. 43 c.p. ricaviamo che: **a)** il reato si dice *doloso* quando l'evento, risultato dell'azione od omissione, è dal soggetto preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; **b)** il reato si dice invece *colposo* quando l'evento non è voluto dal soggetto agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, oppure per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (per questioni di brevità non si fa menzione del reato preterintenzionale, descritto sempre dall'art.43 c.p.). Sintetizzando e semplificando la questione possiamo affermare che vi è dolo quando il soggetto commette volontariamente il fatto; vi è invece colpa quando l'evento è causato dalla violazione di una regola cautelare scritta (come le linee-guida in ambito medico-sanitario) o semplicemente imposta dal buon senso o comunque dalle circostanze. Dolo e colpa sono quindi due categorie opposte che sembrano non toccarsi. In realtà vi sono delle forme intermedie di dolo e colpa che li portano a sfiorarsi. Il punto di confine è quello dove si incontrano le cosiddette sottocategorie della *colpa cosciente* e del *dolo eventuale*, la cui distinzione è una delle questioni più dibattute in diritto penale, considerando soprattutto che vi è una forbice

larghissima tra il massimo della pena prevista per un reato commesso con colpa cosciente ed uno commesso con dolo eventuale; tante battaglie tra accusa e difesa si giocano proprio su questo filo. È in effetti un confine molto sottile, nonostante questa differenza sanzionatoria, perché la colpa cosciente è sostanzialmente una forma grave di colpa che si avvicina al dolo, mentre il dolo eventuale è una forma attenuata di dolo che si avvicina pertanto alla colpa. L'art.61 n.3 c.p. disciplina la colpa cosciente affermando che si considera una circostanza aggravante del reato colposo «*l'aver [...] agito nonostante la previsione dell'evento*». Non vi è invece nel codice un'indicazione circa il dolo eventuale, che pertanto è una costruzione giurisprudenziale e dottrinale. Ciò da cui nasce il dibattito è il fatto che anche il dolo eventuale ha come presupposto l'aver agito nonostante la previsione dell'evento, evento che il soggetto agente non voleva causare. Ma allora qual è la differenza? Da sempre dottrina e giurisprudenza dibattono sulla questione. In assenza di una chiarificazione codicistica, stabilire la differenza tra colpa cosciente e dolo eventuale richiede necessariamente l'intervento dell'attività ermeneutica; già in materia di elemento psicologico in generale, come detto, l'interpretazione è condizione fondamentale, e lo è a maggior ragione nella definizione dei confini e nell'applicazione al caso concreto di due categorie dai confini indefiniti come la colpa cosciente ed il dolo eventuale. Il classico esempio chiarificatore è quello del cacciatore che spara un colpo di fucile verso un cespuglio credendo che ci sia un animale quando invece vi è un altro cacciatore che viene quindi ucciso. Omicidio colposo aggravato da colpa cosciente oppure un omicidio volontario sostenuto da dolo eventuale? Stabilirlo è assai rilevante visto che, come si è detto, vi è una larga differenza sanzionatoria. Storicamente si è risolta la questione con la cosiddetta *teoria dell'accettazione del rischio*. In sostanza, per affermare che vi sia un dolo eventuale, occorre dimostrare che il cacciatore abbia calcolato il rischio di colpire un essere umano, ad esempio ricordando che pochi istanti prima aveva visto un altro cacciatore nei pressi di quel cespuglio, ed abbia quindi accettato questo rischio. Si può parlare invece di colpa cosciente quando il cacciatore, pur avendo calcolato il rischio e previsto la possibilità dell'evento, dopo un'attenta valutazione delle circostanze ha escluso tale rischio, per esempio considerando che poco prima aveva visto tutti gli altri cacciatori andare in direzioni opposte rispetto al cespuglio. Il professor Antonio Fiorella<sup>37</sup> propone invece ai suoi studenti un esempio chiarificatore tratto dalla dottrina tedesca. Vi è un padre che, nonostante la previsione del rischio, porta i giovani figli a scalare una montagna senza adottare tutte le necessarie cautele al fine di temprarli ed allenarli alla sopravvivenza in situazioni estreme; purtroppo uno dei figli scivola, cade nel vuoto e muore. Vi è da parte del padre una colpa cosciente o un dolo eventuale? Secondo Fiorella occorre far leva sull'art.43 c.p. che parla di reato «*doloso o secondo l'intenzione*» e di reato «*colposo o contro l'intenzione*» e considerare se l'evento si è verificato secondo o contro l'intenzione del soggetto agente. Nell'esempio in esame la morte del figlio non si è certamente verificata “secondo l'intenzione” del padre, visto che l'obiettivo della scalata era allenare il figlio alla sopravvivenza in circostanze avverse. Essendo allora l'evento “contro l'intenzione”, la condotta del padre è da considerarsi colposa. Un'altra teoria che merita attenzione è la cosiddetta *prima formula di Frank*<sup>38</sup> secondo cui il dolo eventuale si realizza quando si dimostra che il soggetto agente, qualora avesse avuto la certezza della verificazione dell'evento, avrebbe comunque tenuto la condotta illecita. Una recente sentenza ha illustrato in maniera sintetica ed efficace questa teoria: «*Nell'ideare la sua formula, Frank fa l'esempio del fumatore e del bandito. Il*

<sup>37</sup> Avvocato penalista e docente di Diritto Penale presso l'Università La Sapienza di Roma.

<sup>38</sup> Teoria penalistica che prende il nome dal giurista tedesco che l'ha elaborata Reinhard Frank.

*fumatore rischia di incendiare la casa fumando a letto; il bandito spara in direzione di un uomo per provare la gittata del suo nuovo fucile [...]. Il fumatore, secondo Frank, risponde a titolo colposo, il bandito doloso. Perché mai ciò accade? Perché il bandito avrebbe sparato anche se avesse saputo di cagionare la morte [mentre] il fumatore avrebbe spento il sigaro se avesse saputo che una scintilla sarebbe caduta sul letto ed avrebbe mandato in fiamme la casa. La previsione di un evento in termini di possibilità integra pertanto il concetto di dolo solo quando la previsione dell'evento in termini di certezza non avrebbe trattenuto l'agente [...]. Qualora sia possibile stabilire con certezza cosa accadrà nel futuro, il dolo sussiste quando si sarebbe agito nonostante questa consapevolezza dell'evento. Quando questa consapevolezza avrebbe distolto dall'azione, il dolo invece non sussiste» (Corte di Assise di Appello di Roma, sentenza 19 gennaio 2019).* Si tratta di una formula da sempre molto discussa perché sostituisce alla situazione concreta (la previsione di un rischio eventuale) un'ipotesi astratta (la previsione di un evento certo). Nonostante le dure critiche, la prima formula di Frank è stata recepita da un'importante sentenza delle Sezioni Unite conosciuta come *Sentenza Espenhahn* (Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 18/09/2014, n. 38343) che è opportuno analizzare perché ha finalmente fornito dei parametri precisi, anche se discussi, per distinguere colpa cosciente e dolo eventuale. Il caso sottoposto alle Sezioni Unite è una delle più tristi vicende in tema di morti sul lavoro: il rogo dell'acciaieria Thyssen-Krupp avvenuto nello stabilimento di Torino nel Dicembre 2007. Vediamo allora lo svolgimento dei fatti. I dirigenti della Thyssen-Krupp, tra cui l'Espenhahn da cui prende il nome la sentenza in esame, erano intenzionati a trasferire in Germania lo stabilimento di Torino e dunque decisero di non investire risorse economiche nelle misure di sicurezza anti-incendio, riservando tale spesa per il nuovo stabilimento tedesco. Nell'acciaieria vi era una linea di produzione molto pericolosa in cui erano soliti verificarsi focolai di incendio che venivano sempre fronteggiati in modo adeguato da operai specializzati. Purtroppo nella notte del 6 Dicembre 2007 un piccolo incendio non viene adeguatamente fronteggiato e la contemporanea perdita di olio da alcune tubature provoca una vampata-esplosione che determina il decesso di sei operai. La Procura di Torino contesta ai dirigenti il reato di omicidio volontario sostenuto da dolo eventuale. In primo grado la tesi accusatoria viene accolta ma in appello cade e le pene vengono ridotte. La Procura Generale presso la Corte di Appello di Torino ricorre in Cassazione e la questione, vista la sua peculiarità, viene assegnato alle Sezioni Unite. Le Sezioni Unite, dopo aver stabilito il nesso causale tra la condotta omissiva dei dirigenti e l'atroce morte degli operai, basandosi, pur con alcuni correttivi, sui parametri indicati dalla *Sentenza Franzese*, sono quindi chiamate a risolvere la questione dell'elemento psicologico: avendo i dirigenti necessariamente calcolato il rischio derivante dall'omissione riguardo alle misure di sicurezza, la loro condotta è ascrivibile ad una colpa cosciente o ad un dolo eventuale? Le Sezioni Unite, al termine dell'esposizione delle ragioni di accusa e difesa, elencano ben 11 aspetti (che la sentenza chiama *indizi*) che il giudice deve valutare nell'accertamento del dolo eventuale. Ciò che emerge è l'insufficienza della teoria dell'accettazione del rischio. Si allarga quindi il campo interpretativo del giudice, dovendo egli indagare su ulteriori circostanze oltre a quella dell'atteggiamento del reo nei confronti del rischio. Gli undici aspetti che secondo la sentenza in esame il giudice deve valutare nell'accertamento del dolo eventuale sono i seguenti: **1) la condotta; 2) la lontananza della condotta tenuta dalla condotta doverosa; 3) la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; 4) la durata e la ripetizione della condotta; 5) la condotta successiva al fatto; 6) il fine della condotta; 7) la probabilità di verifica dell'evento; 8) le conseguenze negative per l'agente in relazione alla verifica dell'evento; 9) il contesto lecito o illecito; 10) la ricerca di tratti razionali che**

sottendono la condotta; 11) la *formula di Frank*. Le Sezioni Unite ritengono che la condotta dei dirigenti della Thyssen-Krupp non sia dolosa. Seguendo i seguenti indicatori si è considerato che: gli imputati erano professionisti di spessore e di grande esperienza nel loro campo; il fine della condotta era un fine meramente economico; le conseguenze dell'evento finale (la morte dei sei operai) sono state economicamente devastanti per la Thyssen-Krupp. Applicando infine la formula di Frank risulta evidente che, se i dirigenti avessero avuto la certezza che si sarebbe verificata la morte degli operai, tenendo presente che il fine della loro condotta era economico e che l'evento finale è stato economicamente devastante per l'azienda, essi non avrebbero tenuto la condotta contestata ma avrebbero provveduto ad installare gli adeguati sistemi di sicurezza. Pertanto, secondo le Sezioni Unite, si tratta di un omicidio colposo aggravato da colpa cosciente che giustifica la corposa riduzione di pena operata nel giudizio di appello. La sentenza ha suscitato l'indignazione dell'opinione pubblica e comprensibilmente dei familiari dei sei operai. Questa decisione ha portato a sentenze, emesse da giudici di merito che si sono dovuti adeguare a questi 11 indicatori, che appaiono profondamente ingiuste, anche se corrette da un punto di vista procedurale. Una delle vicende processuali successive alla *Sentenza Espenhahn* che ha suscitato più polemiche è quello relativo all'omicidio del giovane Marco Vannini. Si tratta di un caso particolare e complicato, sia criminologicamente sia giuridicamente, che merita un breve cenno. Il fatto oggetto del processo consiste, stando a quanto emerso dagli atti, nel ferimento colposo di un ragazzo di vent'anni, Marco Vannini, da parte di A. Ciontoli, padre della fidanzata. La condotta contestata come dolosa è però quella successiva al ferimento: l'imputato, infatti, essendo un appartenente alle forze dell'ordine e temendo di perdere il lavoro per via dell'accaduto, non ha immediatamente allertato un soccorso medico ma anzi, cosa ben più riprovevole, ne ha intralciato il lavoro, contando sul fatto che il ragazzo non perdeva sangue, affermando che si trattava di un attacco di panico seguito ad uno spavento; solo quando finalmente Vannini si trovava in pronto soccorso, Ciontoli ha comunicato al medico che si trattava di un ferimento d'arma da fuoco, pregandolo di tenere nascosto il fatto. La condotta di A. Ciontoli è stata letale per Marco Vannini, deceduto poco dopo essere giunto al pronto soccorso: nel processo si è constatato che se il ragazzo fosse stato portato subito in ospedale si sarebbe salvato perché il proiettile, entrato nella spalla, punto certamente non letale, è lentamente arrivato fino al cuore. Secondo la Procura della Repubblica la condotta dell'imputato è da ascrivere ad un dolo eventuale e pertanto ne chiede la condanna a 21 anni di reclusione<sup>39</sup>. Dello stesso avviso è Franco Coppi, tra i più illustri penalisti italiani, che partecipando al processo come legale di parte civile ha riaffermato la validità della *teoria dell'accettazione del rischio*: l'imputato ha previsto il rischio della verifica dell'evento e nonostante ciò ha deciso di portare avanti la propria condotta costi quel che costi, accettando quindi la possibilità che il ragazzo morisse pur di salvare il posto di lavoro. Secondo la difesa di Ciontoli invece non vi sarebbe nemmeno una previsione dell'evento e che, anche se ci fosse, non si tratterebbe di un dolo eventuale, alla luce degli indicatori della *formula di Frank*: se il fine della condotta dell'imputato era salvaguardare il posto di lavoro, la morte di un ragazzo per sua mano sarebbe stata contraria a questa intenzione e pertanto, se avesse avuto la certezza che si sarebbe verificato l'evento, non avrebbe tenuto quella condotta. La sentenza di primo grado ha accolto la tesi accusatoria, asserendo che la formula di Frank non è pienamente operativa nel nostro ordinamento in quanto ancora discussa in dottrina e giurisprudenza, ed ha condannato Ciontoli, concesse attenuanti

<sup>39</sup> Nel processo sono imputati anche gli altri membri della famiglia Ciontoli, ma per ragioni di brevità si è deciso di trattare solo la posizione dell'imputato principale.

generiche, alla pena di 14 anni di reclusione. La sentenza di appello ha invece riformato la decisione di primo grado rideterminando la pena in 5 anni di reclusione (pena massima prevista dal codice penale per l'omicidio colposo) affermando che, al contrario di quanto stabilito dal primo giudice, dopo la *Sentenza Espenhahn* la *formula di Frank* è da considerarsi operativa. Si tratta di una sentenza che paradossalmente appare severissima nelle motivazioni perché sottolinea più volte la riprovevolezza della condotta dell'imputato sotto il profilo etico ma che infine ricorda giustamente che «*il fatto di trovarsi alle prese con un imputato la cui condotta è particolarmente odiosa non può di per sé comportare che un fatto colposo diventi doloso*» (Corte di assise di appello di Roma, sentenza 29 Gennaio 2019). La Corte, affrontando la questione alla stregua della formula di Frank, scrive: «*Nel caso in esame, se ciò che Antonio Ciontoli vuole evitare è che si venga a sapere che ha sparato, non avrà intenzione di cagionare un evento che comporterebbe ineluttabilmente l'emersione proprio di ciò che si vuole tenere nascosto: il fatto che abbia sparato. E non accetterà le conseguenze per sé negative avendo la certezza che l'evento stesso possa verificarsi*» (ivi). Leggendo le motivazioni sembra emergere un conflitto interiore del giudice: da una parte la personale convinzione etica circa la condotta "odiosa" dell'imputato, dall'altra la consapevolezza del proprio ruolo di giudice che non deve lasciarsi influenzare da ragionamenti morali, nel rispetto delle norme e delle indicazioni delle Sezioni Unite che, pur non essendo formalmente vincolanti, entrano nella prassi giurisprudenziale e non possono essere ignorate. Il giudizio penale non deve essere condizionato nemmeno dal dolore provato dalle famiglie delle vittime, a cui va tutta l'umana comprensione possibile, né dalla feroce reazione dell'opinione pubblica nei confronti della vicenda giudicata.<sup>40</sup> Ritornano alla mente le parole di un'altra sentenza in cui un giudice si è trovato a giudicare un uomo che si era macchiato di crimini terribili, tra cui violenze sessuali sulle proprie figlie perpetrate per anni, ma che nel caso di specie era stato accusato di essere un assassino seriale senza che vi fossero, secondo il collegio giudicante, elementi evidenti di colpevolezza. Nella motivazione dell'assoluzione si legge: «*Molteplici sono i sentimenti che si affollano nel cuore di ogni uomo, anche di un giudice, dinanzi ai fatti per cui è processo, e due su tutti: l'orrore e la pietà: l'orrore, per l'abisso di perversione e di abiezione nel quale è immerso l'autore dei fatti; la pietà, per giovani e innocenti vite di cui egli ha fatto scempio. Ma tali sentimenti non debbono far velo alla serenità di giudizio, perché nel processo è in gioco innanzitutto la vita di un uomo, l'imputato, e non v'è imputato, per quanto infame possa essere stata la sua vita precedente, per quanto umanamente sgradevole sia il suo comportamento, che non abbia diritto ad un processo giusto e ad una sentenza giusta. Non rientrano, invece, fra i sentimenti che possono albergare nel cuore di un giudice, la dipendenza psicologica o l'influenzabilità emotiva rispetto a comportamenti esterni, volti a condizionare il giudizio. Perché la giurisdizione è esercitata dal giudice e solo dal giudice, in piena autonomia, salva la soggezione alla legge e sulla capacità del giudice di mantenersi indipendente, pur di fronte a tentativi di condizionamento esterno, si misura il livello di civiltà giuridica di un Paese. Devesi, quindi, [...] pronunciare l'assoluzione [...] per mancanza di prove in ordine alla commissione dei fatti: dolorosamente, se si ha riguardo alle aspettative di giustizia dei congiunti delle vittime; doverosamente, se si ha riguardo ai diritti dell'imputato*»<sup>41</sup>. Ritornando alla questione ermeneutica, la *Sentenza Espenhahn*, al di là delle polemiche, ha avuto il merito di allargare il campo interpretativo del giudice,

<sup>40</sup> Nel febbraio del 2020 si svolgerà il giudizio presso la Suprema Corte di Cassazione.

<sup>41</sup> Corte di Assise di Appello di Firenze, sentenza 13 febbraio 1996 sul caso di Pietro Pacciani accusato di essere il cosiddetto *Mostro di Firenze*; il presidente della Corte, Francesco Ferri, richiamando la celebre opera di Alessandro Manzoni dopo la sentenza scriverà un libro intitolato *Il caso Pacciani. Storia di una colonna infame*, Edizioni Pananti, Firenze, 1996.

in assenza di specifiche disposizioni legislative, evidenziando la necessità di un approfondito percorso ermeneutico che non può sempre esaurirsi nella *teoria dell'accettazione del rischio*. È da ricordare infine il seguente passaggio della sentenza delle Sezioni Unite: «*Di certo, infine, il tema dell'accertamento del dolo eventuale mette in campo la figura del giudice. Questi potrà affrontare un'indagine tanto delicata e difficile come quella cui si è sin qui fatto cenno solo se abbia matura consapevolezza del proprio ruolo di professionista della decisione; e sia determinato a coltivare ed esercitare i talenti che tale ruolo richiedono: assiduo impegno a ricercare, con le parti, i fatti fin nei più minuti dettagli; e ad analizzarli, soprattutto, con un atteggiamento di disinteresse, cioè di purezza intellettuale che consenta di accogliere, accettare senza pregiudizi il senso delle cose; di rifuggire da interpretazioni precostituite, di maniera; di vagliare e ponderare tutte le acquisizioni con equanimità*» (Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 18/09/2014, n. 38343).

## Conclusioni

Il diritto non si esaurisce quindi nel versante testuale. Le norme non sono meri ingranaggi di un sistema meccanico. Se il diritto si riducesse a questo, il giudice non sarebbe che un burocrate operante su un terreno «*arido e sterile*». È necessario, nell'applicazione di prescrizioni normative, volgere lo sguardo allo «*spirito che le muove*», nella direzione suggerita da Giorgio Del Vecchio. Se lo spirito che muove la norma che punisce il furto è la protezione del patrimonio di ogni cittadino, non è conforme a questo spirito sanzionare penalmente chi ruba una mela, non apportando al patrimonio altrui un nocumento tale da mettere in pericolo il patrimonio. Allo stesso modo, se lo spirito che muove il regolamento contrattuale è la concretizzazione di un incontro tra due o più intenzioni, non ci si può limitare alla lettera del contratto se questa appare contraria all'intenzione dei contraenti. L'intenzione dei contraenti e l'elemento psicologico del reato non possono essere oggetto di osservazione scientifica perché si tratta di versanti inoggettivabili dell'umano. In questo senso, Bruno Romano scrive:

«La soggettività inoggettivabile è il luogo essenziale della responsabilità-imputabilità, delle intenzioni delle parti che costituiscono il caso concreto».<sup>42</sup> «Davanti alle norme» – continua Bruno Romano – «il giurista ha simultaneamente sia un atteggiamento di passiva ricezione delle motivazioni delle norme, sia un atteggiamento di attiva ripresa nella chiarificazione del loro concretizzarsi secondo la luce dei principi generali del diritto, non confondibili con le norme. I principi generali attivano la responsabilità e la consapevolezza nel rapportarsi dialogico alla muta datità delle norme, rischiando il volgersi alla principalità temporale del futuro, del non-già-dato».<sup>43</sup>

<sup>42</sup> B. Romano, *Principi generali del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 13.

<sup>43</sup> *Ivi*.



Questo atteggiamento di attiva ripresa lo si riscontra, come si è avuto modo di illustrare, nell'attività interpretativa del giudice, manifestata poi nella motivazione, momento essenziale del giudizio, momento «che segna la differenza tra a) il versante delle leggi fisiche [...] e b) il versante delle leggi giuridiche, istituite»<sup>44</sup> «Il primo versante» – continua Romano – «è oggetto dello spiegare; il secondo è qualificato dal motivare»<sup>45</sup>.

Da Giorgio Del Vecchio si è partiti, ed a Giorgio Del Vecchio si torna, ricordando in conclusione un altro illuminante passaggio tratto da *Sui principi generali del diritto*:

«La particolarità delle leggi rimanda all'universalità del diritto; e il pensiero dell'universale è Filosofia. Giurisprudenza e Filosofia non possono perciò andare disgiunte; e come nessun sistema filosofico [...] fu mai veramente compiuto, che non comprendesse in sé anche i primi principi del diritto, così tutti i grandi giuristi furono pure in qualche modo gradi filosofi [...] Una giurisprudenza priva di elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che Kant desume dalla favola antica, simile ad una testa senza cervello [...] Diciamo con Cicerone, “non dall’editto del Pretore, né dalle XII tavole, ma dall’intima filosofia devesi attingere la disciplina del diritto”»<sup>46</sup>.

## Bibliografia

- G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 2002
- G. Bartoli, *Diritto ed Ermeneutica in Schleiermacher*, Giappichelli, Torino, 2012
- J. Derrida, “Diritto alla giustizia”, in J. Derrida e G. Vattimo, *Annuario Filosofico Europeo. Diritto, Giustizia ed Interpretazione*, coordinamento di M. Bussani, Roma-Bari, Laterza, 1998
- B. Romano, *Principi generali del diritto*, Giappichelli, Torino, 2015
- J. Domat, *Le lois civiles dans leur ordne naturel*, Nabu Press, edizione 2011
- R. Potihier, *Traité des obligation*, Dalloz, edizione 2011
- M. Brutti, *Interpretare i contratti*, Giappichelli, Torino, 2017
- G. Alpa, “Il controllo giudiziario del contratto e l’interpretazione”, in AA.VV., *L’evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di Cassazione*, raccolta di studi in onore di A. Brancaccio, vol. VII, Milano, 2013
- E. Del Prato, *Dieci lezioni sul contratto*, Cedam, Milano 2011
- F. Ferri, *Il caso Pacciani. Storia di una colonna infame*, Edizioni Pananti, Firenze, 1996

## Riferimenti giurisprudenziali

- Corte Costituzionale, sentenza 19 marzo 1986 n.62
- Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 1988 n.364

---

<sup>44</sup> *Ivi.*

<sup>45</sup> *Ivi.*, pag 11.

<sup>46</sup> G. Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 2002.

Corte Costituzionale, sentenza 1085/1988  
Corte Costituzionale, sentenza n. 242 del 2019 (sentenza Cappato)  
Cassazione, sezione civile, sentenza 15 settembre 1970, n.1483  
Cassazione, sezione civile, sentenza 15 maggio 1987  
Cassazione, sezione civile, sentenza 30 settembre 2014, n.20509  
Cassazione, sezione civile, sentenza 26 gennaio 1962, n.142  
Cassazione, sezione civile, sentenza 10 Ottobre 2003, n.15  
Cassazione, sezione civile, sentenza 23 maggio 2014, n.11533  
Cassazione, sezione civile, sentenza 20 aprile 1994, n.37775  
Cassazione, sezione civile, sentenza 7 ottobre 2008, n.24733  
Cassazione, Sezioni Unite civili, sentenza 15 novembre 2007, n.23726  
Cassazione, sezione penale, sentenza 22/01/2014 n.10282  
Cassazione, sezione penale, sentenza 2/10/2014 n.14042  
Cassazione, sezione penale, sentenza 05/05/2015 n.985  
Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza 29 maggio 2009 n.22676 (sentenza Ronci)  
Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza 11/09/2002 n.30328 (sentenza Franzese)  
Cassazione, Sezioni Unite penali, sentenza 18/09/2014, n.38343 (sentenza Thyssen-Krupp)  
Corte di assise di Appello di Brescia, sentenza 17 Luglio 2017 (sentenza Bossetti)  
Corte di Assise di Appello di Roma, sentenza 19 gennaio 2019 (sentenza Ciontoli)  
Corte di Assise di Appello di Firenze, sentenza 13 febbraio 1996 (sentenza Pacciani)

## **Riferimenti normativi**

Articoli 2 e 27 della Costituzione della Repubblica Italiana  
Articoli 782, 783, 1362-1371 del vigente codice civile italiano  
Articoli 1157 - 1164 del vigente codice civile francese  
Articoli 1131 – 1139 del codice civile italiano del 1865  
Articoli 5, 40 primo comma, 41 primo comma, 42 secondo comma, 43, 61 n.3, 83, 116, 368, 575, 580, 586, 589, 590, 624, 628, del codice penale  
Articolo 533 del codice di procedura penale  
Articolo 17, lett. b), legge 28 gennaio 1977, n. 10  
Articolo 73 d.p.R. 309/90