

# Studi in onore di Lucio Monaco

a cura di

Alessandro Bondi, Giovanni Fiandaca, George P. Fletcher,  
Gabriele Marra, Alfonso M. Stile, Claus Roxin, Klaus Volk

[u]rbino  
[u]niversity  
[p]ress

2020

**Urbino University Press 2020**

**Illustrazione di Luciano Bacchiocchi**

**Carattere tipografico interni  
Noto Sans e Serif, Google Font, 2013  
Noto Mono, Google Font, 2019**

**ISBN 9788831205054**

# INDICE

<b>La festa di un Maestro, la festa di una Comunità</b> Alessandro Bondi .....	p. 11
<b>PARTE PRIMA</b> .....	p. 13
<b>Spunti comparatistici in relazione al nuovo volto del delitto di corruzione internazionale ex art. 322 Bis co. 2 C.P.</b> Ali Abukar Hayo .....	p. 15
<b>Il fatto, la legge e le nozioni dell'organizzazione nella teoria della responsabilità</b> Salvatore Aleo .....	p. 43
<b>L'efficacia delle decisioni della Corte EDU in materia penale dopo la sentenza <i>Contrada</i></b> Giuseppe Amarelli .....	p. 59
<b><i>Alcance y límites de la posición de garante del órgano de control y supervisión de riesgos penales en el ámbito societario</i></b> Silvina Bacigalupo .....	p. 77
<b>Violenza sessuale in famiglia e diritto vivente</b> Giuliano Balbi .....	p. 97
<b>La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Studio per un affresco</b> Roberto Bartoli .....	p. 111
<b>Postcodificazione. Giudizi e pregiudizi sulla necessità di un Codice penale</b> Alessandro Bondi.....	p. 131
<b>Itinerari convergenti di contenimento della responsabilità penale del sanitario</b> Stefano Canestrari.....	p. 155

<b>For whom the bell tolls (a proposito di autori e lettori)</b>	
Andrea R. Castaldo .....	p. 175
<b>Alcune osservazioni in tema di 'norme tecniche'</b>	
Mauro Catenacci .....	p. 187
<b>Verso un diritto penale 'inumano'</b>	
Mario Caterini .....	p. 199
<b>Prescrizione del reato: principi costituzionali, patologie e recenti riforme</b>	
Antonio Cavaliere.....	p. 221
<b>La storia (e i protagonisti) di una giurisprudenza creativa. Dalla disapplicazione dell'atto amministrativo alla disapplicazione della fattispecie incriminatrice</b>	
Giovanni Cocco.....	p. 241
<b>Punibilità di organizzazione? Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'Ente colpevole</b>	
Federico Consulich .....	p. 277
<b>Il torpore del 'buon senso' genera incubi. A proposito della prescrizione del reato</b>	
Giovannangelo De Francesco .....	p. 301
<b>Particolare tenuità del fatto e responsabilità da reato negli enti collettivi</b>	
Giancarlo de Vero .....	p. 313
<b>Tutela penale della sicurezza sul lavoro, linee guida e 'buone prassi'. Considerazioni per una proposta di modifica degli artt. 589 e 590 C.P. in materia di infortuni sul lavoro</b>	
Alberto De Vita .....	p. 333
<b>Dalla regola per il caso al caso per la regola. Variazioni brevi e stravaganti sul concetto di «caso» (Case, Kasus)</b>	
Alberto di Martino .....	p. 357
<b>L'ergastolo ostativo alla resa dei conti? Impossibile ogni compromesso con l'idea dello 'scopo'</b>	
Emilio Dolcini .....	p. 375

<b>Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato</b> Massimo Donini .....	p. 389
<b>Covid-19 ed esigenze di rifondazione della giustizia penale</b> Luciano Eusebi .....	p. 425
<b>Nodi problematici del diritto penale di 'scopo', tra ieri e oggi</b> Giovanni Fiandaca .....	p. 471
<b>Prassi e sistema. Una introduzione</b> Stefano Fiore .....	p. 499
<b>La saga di Oeyuke</b> George P. Fletcher .....	p. 517
<b>"Non avrai altro creditore all'infuori di me!". Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento IVA</b> Giovanni Flora .....	p. 525
<b>I mobili confini fra sanzione penale e amministrativa nel contesto della politica criminale europea</b> Luigi Foffani .....	p. 541
<b>Aspettando i barbari (un piccolo esercizio di <i>Law and Literature</i>)</b> Gabriele Fornasari .....	p. 553
<b>Illiceità securitaria e criminalizzazione della <i>sine cura</i>: il penale dell'allarme sociale oltre la ragione punitiva</b> Francesco Forzati .....	p. 569
<b>Il carcere e l'idea dello scopo</b> Gianluca Gentile .....	p. 591
<b>Abuso del diritto e diritto penale. La strana coppia</b> Fausto Giunta .....	p. 617
<b>Rechtfertigung und Schuld als Beurteilungsebenen für die Triage im Angesicht der Coronapandemie</b> Christian Jäger .....	p. 637
<b>Rewriting Human Rights: Lyotard and the Other's Rights</b> Peter Langford .....	p. 659

<b>Irragionevolezza della sanzione penale e crisi dei modelli economici: l'abuso del diritto penale come antidoto ai problemi sociali</b>	
Elio Lo Monte .....	p. 687
<b>Pene accessorie e delitti contro la Pubblica Amministrazione</b>	
Carlo Longobardo .....	p. 707
<b>A proposito del concetto penalistico di libero volere tra neuroscienze e naturalismo filosofico</b>	
Maria Beatrice Magro .....	p. 723
<b>Legge e interpretazione nel 'sistema' di <i>Dei delitti e delle pene</i></b>	
Vincenzo Maiello .....	p. 747
<b>L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia</b>	
Vittorio Manes .....	p. 777
<b>Esiste un diritto a morire?</b>	
<b>Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca: l'influenza delle diverse "concezioni del mondo"</b>	
Adelmo Manna .....	p. 801
<b>La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza delle Corti europee</b>	
Anna Maria Maugeri .....	p. 829
<b>Ancora sul 'diritto penale minimo' (nell'epoca del diritto penale 'massimo' e 'totale').</b>	
Nicola Mazzacuva .....	p. 857
<b>Quel che resta di «Mafia capitale»</b>	
Enrico Mezzetti .....	p. 871
<b>Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette</b>	
Sergio Moccia .....	p. 889
<b>Sicurezza del lavoro e diritto penale alla prova del COVID-19</b>	
Vincenzo Mongillo .....	p. 901

<b>Cattivi pensieri e diritto penale la catarsi dei reati di opinioni discriminatrici di identità individuali socio-definite</b>	
Domenico Notaro .....	p. 925
<b>La tipicità e l'antigiuridicità nella riprogettazione del Codice Penale</b>	
Francesco Palazzo .....	p. 949
<b>La riparazione dell'offesa a carico di beni collettivi: spunti dai reati ambientali</b>	
Chiara Perini.....	p. 959
<b>Reato e pena: Giovanni Carmignani critico dell'utilitarismo di Beccaria</b>	
Mauro Ronco.....	p. 971
<b>Zur Abwehr von Schweigegelderpressungen</b>	
Claus Roxin .....	p. 989
<b>Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?</b>	
Helmut Satzger .....	p. 1001
<b>Fondamento e limiti dell'idea di scopo per la scienza integrata del diritto penale</b>	
Francesco Schiaffo .....	p. 1021
<b>Una «cambiale in bianco alla politica criminale di 'scopo'»? Il finanziamento 'autonomo' del terrorismo 'alla luce dei principi'</b>	
Nicola Selvaggi .....	p. 1037
<b>La riforma del traffico di influenze illecite</b>	
Pietro Semeraro .....	p. 1059
<b>Amministratori non esecutivi, sindaci e omesso impedimento del fatto altrui. Problemi irrisolti di teoria generale del reato</b>	
Andrea Sereni .....	p. 1073
<b>Strutture ed opzioni di valore: il diritto penale 'inedito' tra nomofilachia delle norme ed utopia dinamica.</b>	
Antonino Sessa .....	p. 1095

<b>La Corte e il carcere. Un <i>podcast</i> sui limiti costituzionali allo <i>ius puniendi</i></b>	
Francesco Viganò .....	p. 1115
<b>Corona und das deutsche Strafverfahren</b>	
Klaus Volk .....	p. 1129
<b>PARTE SECONDA</b> .....	p. 1135
<b>Il metodo Monaco</b>	
Alessandro Bondi .....	p. 1137
<b>Lieve o non lieve è questa colpa? La riforma Gelli-Bianco alla lente delle Sezioni Unite.</b>	
Cecilia Ascani .....	p. 1143
<b>Considerazioni sui reati di pericolo</b>	
Giuseppe Basile .....	p. 1153
<b>Gli effetti della "euforia preventiva" alla luce della riflessione sull'idea di 'scopo'</b>	
Chiara Bigotti .....	p. 1165
<b>Confisca allargata e reati tributari nel prisma dell'idea di scopo</b>	
Luca Della Ragione .....	p. 1191
<b>Ricordo di un'allieva</b>	
Monica Garulli .....	p. 1209
<b>The UN Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition - Implementation Challenges and Responses</b>	
Simonetta Grassi .....	p. 1211
<b>Il peculato nel prisma del principio di offensività: appropriazione su beni di irrilevante valore</b>	
Alessio Infantino .....	p. 1235
<b>Problemi attuali in tema di qualifiche pubblicistiche nel diritto penale</b>	
Massimiliano Masucci .....	p. 1245

<b>Il diritto dei magistrati di partecipare alla politica attiva e i suoi limiti</b>	
Piergiorgio Morosini .....	p. 1255
<b>Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione</b>	
Daniele Piva .....	p. 1275
<b>Libera autodeterminazione su fine vita e punibilità del suicidio assistito. Alla ricerca di un delicato equilibrio</b>	
Fabio Antonio Siena.....	p. 1283
<b>Il ‘daspo’: una misura costituzionalmente problematica. Osservazioni sul «divieto di accesso agli esercizi pubblici e ai locali di pubblico trattenimento» [(art. 11 co. 1 lett. b) d.l. n. 130/2020].</b>	
Mariangela Telesca .....	p. 1295
<b>Die Eröffnung formeller Ermittlungen in der „Situation“ in Afghanistan - Der Internationale Strafgerichtshof im Ringen um Recht und Politisierung</b>	
Nicolai von Maltitz .....	p. 1305
<b>GLI AUTORI</b> .....	p. 1319

## DALLA REGOLA PER IL CASO AL CASO PER LA REGOLA. VARIAZIONI BREVI E STRAVAGANTI SUL CONCETTO DI «CASO» (CASE, KASUS)

Alberto di Martino

«Giudicar da' casi seguiti vien per non voler intendere il presente per se [sic], ma per lo passato: viene anche per non voler giudicar da se, ma per lo intelletto altrui, e non con la sua coscienza, ma con l'altrui».

«Non si giudica adunque per casi seguiti, ma per ragion e coscienza, onde seguono e dipendono i casi, e non la coscienza dai casi... le leggi non si fanno colli avvocati in Quarantia, ma in Senato, in gran Consiglio da tutta la città in ogni caso, ed in niun caso particolare, che allora si tratti. Voi adesso sete li interpreti, non più quelli: interpretatela voi secondo l'intelletto e coscienza vostra, e *per allegata & probata* del caso, non for del caso, o in altro caso»

Sperone Speroni (1500-1588), *Contra il giudicar per casi seguiti*, circa 1572 (in: Opere di S.S. degli Alvarotti, tratte da mss originali, t. V, Venezia, 1740, 419, 420)

### 1. Fatto tipico, fatto concreto, caso (premessa)

Più di dieci anni fa è apparso uno studio, potremmo dire una sorta di meta-studio dedicato al modo con cui nelle scuole di diritto s' insegna (e si impara) a «pensare come un giurista» (*thinking like a lawyer*)<sup>1</sup>: un volume considerato come una delle migliori analisi empiriche sulle tecniche con cui gli studenti sono iniziati alle specificità della conoscenza giuridica, avviati a «pensare giuridicamente», e dove si evidenzia un aspetto cruciale dell'avvicinamento alla lettura giuridica della realtà: la selezione di quello che i giuristi chiamano i fatti, vale a dire la narrazione specificamente giuridica di ciò che è accaduto nella realtà. È appena il caso di notare un dato forse scontato ma comunque interessante, che risulta da alcune ricerche empiriche condotte negli Stati Uniti: ricostruire fatti non è attività neutra rispetto alla prospettiva metodologica che si adotta. In particolare si tratta, in quel contesto ordinamentale, della

---

<sup>1</sup> E. MERTZ, *The Language of Law School: Learning to "Think Like A Lawyer"*, OUP, 2007.

prospettiva accusatoria (*adversarial*)<sup>2</sup>; ma è anche questione di identità e caratteristiche soggettive del discente<sup>3</sup>. Non che si tratti di originalità esotiche degne d'importazione perché non già circolanti nel mercato continentale<sup>4</sup> e locale delle idee od estranee alla prassi; il richiamo ai fatti è ben presente alla cultura giuridica nostrana:

«Ogni pronuncia giudiziaria trova il proprio limite nel collegamento con una vicenda concreta»; su questa base, anche la stessa attività nomofilattica della Corte di cassazione – determinazione del contenuto della regola per il caso sottoposto – non consiste nella «enunciazione di principi generali e astratti o di verità dogmatiche sul diritto, ma [nella] soluzione di questioni di principio di valenza nomofilattica pur sempre riferibili alla specificità del singolo caso della vita»<sup>5</sup>.

Queste riflessioni, per quanto siano condivisibili in termini generali anche dal punto di vista del diritto penale, in questa branca giuridica possono tuttavia apparire parziali; riportare il fatto – in senso strettamente naturalistico – all'attenzione della riflessione teorica, può tradursi, nella migliore delle ipotesi, in operazione antistorica; altrimenti, in esercizio bizzarro e in fin dei conti strampalato. Occuparsi di casi e di fatti nel diritto penale, infatti, non può prescindere dalla *lente* con la quale sono presi in considerazione quei casi e quei fatti (indipendentemente da cosa si intenda con questi concetti: su questo torneremo fra poco). Questa 'lente', come tutti sanno, è la fattispecie tipica: strumento di selezione degli accadimenti reali e concreti della vita umana, tecnica di descrizione dei comportamenti vietati che supera, con la sua dimensione astratta, il tradizionale sistema della casistica in stile *ancien régime*; fonte di garanzia perché segna (o aspira a segnare) il confine fra lecito ed illecito. L'attenzione scientifica si è quindi sempre concentrata, comprensibilmente, sulla fonte della sussunzione, sulle sue tecniche, sull'esito di quel processo cioè appunto la conformità dell'accadimento

---

2 Su questi aspetti cfr. per una prima introduzione F. COWNIE, *Legal Education and The Legal Academy*, in P. CANE - H.M. KRITZER (Edd.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, OUP, 2010, 854 ss.

3 È stato notato ad esempio che proprio le caratteristiche dell'educazione al rito accusatorio si ripercuotono in senso negativo sulla prospettiva vocazionale delle donne, che trovano appunto respingente la focalizzazione sull'argomentazione e l'enfasi sul ragionamento astratto, contrapposto al ragionamento "contestuale".

4 Cfr. soprattutto K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, tr. it., Giuffrè, 1970, spec. il capitolo III. Cfr. anche infra, nt. 8.

5 Cass. civ. 22.5.2018, nn. 12564, 12565, 12566, 12567 (la citazione si riferisce alla prima sentenza).

concreto alla fattispecie astratta. Il fatto, per il diritto penale, è quindi essenzialmente il fatto tipico.

Questa centralità è tanto più accresciuta – in termini solo apparentemente paradossali – proprio in ragione della sua diagnosticata crisi: «il diritto penale non è più in grado di assolvere da solo la funzione di limite ai poteri di investigazione dell'autorità giudiziaria»<sup>6</sup>. La crisi della tipicità, d'altronde, è automaticamente crisi dell'intero sistema; in particolare, va di pari passo con quella della legalità, e non soltanto in Italia<sup>7</sup>.

Quanto al 'fatto tipico' in particolare, quella crisi si traduce nell'incapacità (o nell'impossibilità) di formulare norme generali e astratte comprensibili ad interpreti e destinatari; al punto che tutti gli studiosi sono accorsi al capezzale, seppure con diagnosi e proposte terapeutiche diverse, talvolta anche radicalmente. Fra gli approcci interpretativi più 'liberistici', cioè meno legati al rigore della secolare tradizione d'ascendenza illuministica, si registrano quelli che, riconosciuto al giudice un potere inevitabilmente creativo della regola del caso concreto<sup>8</sup>, prendono atto della circostanza che i limiti del potere giudiziale di definire questa regola del caso concreto non potrebbero essere segnati dalla sola fattispecie astratta, e devono dunque essere stabiliti altrove. Ad esempio, mediante la pretesa della 'prevedibilità' dell'incriminazione, cosicché la ricerca dovrebbe orientarsi piuttosto verso l'elaborazione e la messa a punto di meccanismi per garantire questa prevedibilità, piuttosto che verso la tecnica di formulazione delle fattispecie<sup>9</sup>.

---

6 A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand*, Giuffrè, 1997, 527.

7 Mi limito a ricordare qui, proprio perché relativo ad un sistema ben diverso da quelli continentali, lo scritto di A. ASHWORTH, *Is The Criminal Law A Lost Cause?*, in «Law Quarterly Review» (2000), 225 ss.

8 Sulla creatività cfr. soprattutto O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006: qui, a proposito dell'interpretazione del fatto storico, cfr. soprattutto pp. 191-245; tuttavia, l'attenzione dell'Autrice si sofferma, ricordando Karl Engisch circa la selezione delle circostanze di fatto che si assumono rilevanti, sulla valutazione e non sulla descrizione accurata del fatto storico; la prima è successiva a quest'ultima. È vero che la conoscenza del fatto si risolve anch'essa in una sua interpretazione (*ibid.*, 213 ss.); ma qui importa soltanto sottolineare che si tratta di un momento diverso da quello della qualificazione alla stregua della norma (né ha a che vedere con il problema della struttura di accertamento dei fatti e della scelta delle modalità di esso sotto il profilo *lato sensu* processuale). I problemi sollevati dall'A. si pongono in realtà precisamente al momento della costruzione del 'caso'.

9 Cfr. ad esempio F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in «DPC» (2016), ora in C.E. PALIERO et al. (Edd.), *La crisi della legalità. Il*

Sotteso a queste discussioni, nonché ai diversi approcci ideali adottati di fronte alla crisi della tipicità, è proprio il concetto di fatto concreto, nella sua dimensione naturalistica<sup>10</sup>, e con esso inevitabilmente anche il concetto di ‘caso’. Rimasto inosservato per la stessa natura di quella ‘lente’, cioè dello strumento di selezione della rilevanza giuridica della realtà caratteristico del diritto penale, il fatto e/o il caso concreto torna a riprendere la propria centralità.

Decisivo per lo stesso giudizio di tipicità, perché esso appare come requisito materiale della stessa fattispecie: accadimento della vita umana reale o concreto, cui deve accedere per l'appunto la qualificazione di tipicità, cioè di conformità alla fattispecie astratta; insieme delle trame esteriori del reato, base un tempo della *inquisitio generalis* cioè della ricerca di ciò che è accaduto, di un *corpus delicti*, prima ancora di verificarne l'eventuale autore; fatto umano concreto e reale da sussumere sotto la fattispecie incriminatrice. Se questo accadimento non è visibile, se cioè non è chiaro a quali fatti materiali la fattispecie astratta intende riferirsi, cade la struttura portante dello stesso meccanismo di selezione. Il reato diventa una generica offesa ad un interesse di fonte (anche) sociale ed il giudice non è l'interprete della norma ma del bisogno di pena proiettato sulla norma. La regola di diritto diventa ‘regola per il caso’ perché, piuttosto che sussumerlo, crea il fatto, lo plasma affinché diventi un caso della regola. Nei casi più estremi, il diritto penale finisce con il qualificare potenzialmente ogni comportamento: la regola fagocita in sé il fatto (e si spiana la strada al diritto penale totale)<sup>11</sup>.

---

“sistema vivente delle fonti penali”, ESI, 2016; v. inoltre M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Giappichelli, 2011. In termini fortemente critici cfr., in particolare, i lavori di G. MARINUCCI, di cui qui mi limito a ricordare *L'analogia e la “punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale”*, in «RIDPP» (2007), 1254 ss., nonché ID., *Giuseppe Bettioli e la crisi del diritto penale negli anni Trenta*, in «RIDPP» (2008), 325 ss. Maggiori aperture, tuttavia, in quella corrente di pensiero che si rifà agli studi di G. FIANDACA, di cui v. in particolare, fra molti scritti, ID., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione*, in «CP» (2005), 1722 ss.

10 Cfr. ancora K. Engisch, op. loc. cit.: «in proposito, consideriamo come fatti quegli eventi, situazioni fattuali, rapporti, oggetti, caratteristiche obiettive che appartengono al regno della percezione esteriore o interiore e sono governati dalle leggi naturali» («als Tatsachen wollen wir dabei ansehen: in der Vergangenheit liegende raum-zeitlich oder auch nur zeitlich bestimmte Ereignisse, Zustände, Verhältnisse, Gegenstände und Beschaffenheiten, die der äusseren und inneren Wahrnehmungswelt zugehören und naturgesetzlich zugeordnet sind»); testo al richiamo della nt. 25; diverso problema è in quali termini ed in quale grado siano significative delle circostanze direttamente rilevanti per la selezione giuridica, cioè siano da considerare come «unmittelbar erhebliche Tatsachen»).

11 L'espressione è di F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, il Mulino, 2018.

Decisivo anche per la prospettiva della prevedibilità, perché l'idea secondo la quale la giurisprudenza deve essere prevedibile nelle soluzioni chiama programmaticamente in causa proprio il fatto concreto, il quale – è stato suggerito – deve appartenere ad una tipologia di casi c.d. paradigmatici per i quali si ritenga plausibile la sussunzione nella fattispecie astratta. La chiarezza del giudizio di appartenenza del fatto ad una tipologia dei casi, in questa prospettiva, fa aggio o (se quest'espressione suona dispregiativa) prevale sulla legittimità formale della scelta di incriminazione che non sarebbe più garantita o forse non sarebbe mai possibile veramente garantire mediante la fattispecie astratta, e sarebbe dunque una astrattezza vuota, apparente, pericolosa.

La regola del caso, in questa prospettiva, anche se formulata dal giudice, resta a suo modo astratta e come tale per l'appunto prevedibile, perché ripetibile per una definita tipologia di casi.

Quanto più il sistema si allontana dalla centralità ideale o comunque fattuale del diritto legislativo, tanto più rilevano le attitudini mentali più familiari alla cultura del diritto argomentato<sup>12</sup>. Si ricordino le avvertenze del giudice Antonin Scalia:

«Don't underestimate the importance of facts. To be sure, you will be arguing to the court about the law, but what law applies—what cases are in point, and what cases can be distinguished—depends ultimately on the facts of your case»<sup>13</sup>.

Ma proprio in questo contesto diventa fondamentale comprendere l'intero meccanismo del diritto argomentato e per casi, sia nella sua struttura sia nel suo contesto. Ogni proposta che dimentichi l'una o si disinteressi dell'al-

---

12 Dove, per citare – fra gli infiniti esempi possibili – le parole di un giudice della Corte Suprema americana fra i maggiori dell'età contemporanea, Antonin Scalia, «[t]he student is directed to read a series of cases, set forth in a text called a “casebook”, designed to show how the law developed»; e in tal modo si impara la prima lezione di metodo, nel senso che «[c]ommon law courts performed two functions: One was to apply the law to the facts. All adjudicators – French judges, arbitrators, even baseball umpires and football referees– do that. But the second function, and the more important one, was to *make the law*» (A. SCALIA, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton university press, 1997, 6; corsivo in originale). Una teorizzazione che – è necessario sottolinearlo – sta e cade con il principio dello *stare decisis*: cfr. ancora A. SCALIA, op. cit., 7-9; e che non può valere senza residui quando entra in gioco il diritto legislativo (ancora Scalia, 9 ss. e, per il concetto di «textualism», 23 ss.).

13 A. SCALIA - B.A. GARNER, *Making Your Case. The Art of Persuading Judges*, Thomson, 2008, 9.

tro deve ritenersi insostenibile. Non è questa la sede, com'è ovvio, per immergersi nel tema anche solo in profondità di qualche metro; si accenna solo a due aspetti. Quanto alla struttura, quando si auspica «l'elaborazione di casi paradigmatici, meno astratti della fattispecie normativa, ma tali da riuscire ad abbracciare singole situazioni sulla base di generalizzazioni»<sup>14</sup> si deve precisare, da un lato, la disponibilità a dare la massima attenzione al fatto storico (fatto bruto o fatto istituzionale che sia, nei termini di John Searle)<sup>15</sup> e a distinguere rigorosamente fra proposizioni descrittive e valutative. Inoltre, il meccanismo della vincolatività (o tendenziale vincolatività) del caso paradigmatico presuppone di riconoscere allo stesso tempo e negli stessi termini la forza della singolarità dissonante, sulla cui base poter 'distinguere' sempre (il c.d. *distinguishing*). In altri termini, è assolutamente centrale, accanto e forse più ancora che attribuire forza vincolante (*stare decisis*) o anche solo persuasiva ad una decisione per classi di ipotesi (che infatti nell'ordinamento di *common law* è semplicemente il dato di partenza), stabilire se il caso debba o meno essere diversificato dai precedenti: ancora con le parole di Antonin Scalia:

«there is another skill...that is essential to the making of a good judge. It is the technique of what is called "distinguishing" cases... Within such a precedent-bound common-law system, it is critical for a lawyer, or the judge, to establish whether the case at hand falls within a principle that has already been decided. Hence the technique – or the art, or the game – of "distinguishing" earlier cases. It is an art or a game, rather than a science, because what constitutes the "holding" of an earlier case is not well defined and can be adjusted to suit the occasion».

Dall'altro lato, si deve espressamente riconoscere che, se l'attività di selezione dei fatti e relativa qualificazione sono imprese valoriali ad effetti vincolanti, esse devono esser compiute da un soggetto specifica-

---

14 Così Ombretta Di Giovine (op. cit., 233 e nt. 101) riassume la posizione di G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale*, cit., 1734.

15 J. SEARLE, *How to derive 'ought' from 'is'*, in «The Philosophical Review» (1964), 43-58 (dove si trova la distinzione dei fatti in «brute» o «non institutional» e «institutional»: spec. p. 55). Cfr. un approccio critico in B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, 2010, spec. la Parte prima (ove necessari riferimenti anche alla più recente elaborazione di Searle). Cfr. comunque anche la filosofia di M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012 (ad es. p. 74 per il riferimento al rapporto fra epistemologia ed ontologia rispetto ai fatti sociali) e soprattutto la cornice disegnata ampiamente in Id., *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Laterza, 2009 (per una serrata critica di Searle spec. capitolo 2).

mente titolato a compierle. Questo porta al secondo aspetto, quello del contesto istituzionale.

Quanto al contesto ordinamentale, dunque: *nessuna proposta di superamento del diritto legislativo può limitarsi ad asseriti fondati sulla natura del ragionamento giuridico*, dai quali dedurre proposte di revisione dei poteri *all'interno di una cornice istituzionale imm modificata*<sup>16</sup>: il ragionamento del giudice è esercizio discorsivo di uno specifico potere – se si vuole, è formulazione di ‘narrative’ vincolanti perché fornite di potere coercitivo; ciò che fa dell’ufficio del giudice un ufficio (come scrisse un costituzionalista americano in un saggio famoso) «jurispathic»<sup>17</sup>. Sono dunque nuove e diverse condizioni e limiti del potere che devono essere definiti, quando istituti che presuppongono un certo assetto di potere siano trasposti all’interno di una cornice istituzionale del tutto diversa, almeno – anche se non esclusivamente – in termini di nuovo “ordinamento giudiziario”: reclutamento, formazione, separazione delle funzioni, condizioni per l’esercizio dell’azione penale, e così via: in una parola, una nuova e diversa legittimazione.

## **2. Fatto e caso. Dalla regola per il caso al caso che attrae le regole**

Quale che sia la prospettiva epistemologica prescelta – ancoraggio alla fattispecie e primato del diritto legislativo, oppure creatività del giudice – si deve osservare come in realtà pretendano centralità, nell’uno e nell’altro orizzonte, i due concetti più sopra evocati pur senza definirne la rispettiva cornice concettuale: il fatto e il caso. Talvolta utilizzati in modo fungibile, evocati ma non specificamente tematizzati. Anche in un recente, cospicuo testo manualistico di teoria generale del diritto, caso e fatto trascorrono l’uno nell’altro senza che ne sia definita una cornice concettuale davvero nitida. Così, Umberto Breccia definisce il caso come un fatto, cioè un frammento di esperienza che sia determinato nel tempo e nello spazio<sup>18</sup>; il caso, insomma, è innanzi tutto un fatto della vita.

---

16 Ad esempio, introducendo forme di vincolatività del precedente. Su questo cfr. comunque l’articolata proposta di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, II ed., 2014. Cfr. in tema pure L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, 2018.

17 R. M. COVER, *Nomos and Narrative*, in «97 Harv. L. R. 4» (1983-1984), spec. 53 ss.

18 U. BRECCIA, *Teoria generale del diritto*, Pacini, 2019, 305; 405; 451.

Come frammento della vita, è oggetto di qualificazioni giuridiche, a volte contrapposte. Così è espresso un insegnamento classico:

«Fatto altro non è se non un accadimento temporale che, idoneo a modificare la realtà materiale, può essere o non essere giuridicamente rilevante a seconda della concreta previsione che ne abbia fatto il legislatore»; e ancora, «I fatti, ovvero eventi, se hanno poi, dal punto di vista materiale, una propria chiara e netta autonomia, essendo ogni fatto per sua natura singolo, possono invece collegarsi e ridursi ad unità una volta presi in considerazione dal legislatore»<sup>19</sup>.

L'importanza del fatto tipico e la centralità del procedimento di sussunzione del fatto concreto nella fattispecie astratta (talvolta definita fattispecie concreta con riferimento all'esito della sussunzione) è innegabile; tuttavia, il meccanismo della sussunzione in quanto tale non è forse la situazione più interessante per il giurista. Il fatto concreto emerge pressoché sempre come presupposto di varie qualificazioni possibili, che possono portare ad esiti non soltanto diversi ma persino contrapposti. Le qualificazioni sono oggetto di un 'bilanciamento' da parte del giudice; la sussunzione è un mero strumento *a partire dal* quale, ma non *mediante il* quale o per *effetto diretto del* quale è presa la decisione su quale delle qualificazioni possibili è maggiormente pertinente al fatto/caso. Non c'è molto spesso una sola norma che qualifica il fatto, che ne costituisca l'unica 'premessa maggiore'; il fatto attrae più norme e la scelta fra queste precede il meccanismo di vera e propria sussunzione.

In quest'ottica, il 'caso' può essere inteso come *il fatto che diviene oggetto di più qualificazioni giuridiche*; esso non coincide con l'esito della sussunzione – quello è la *decisione sul* caso – ma piuttosto ne rappresenta la condizione di partenza. Il caso è dunque il rapporto tra fatto e qualificazioni possibili e concorrenti; con l'avvertenza che, in realtà, potrebbe trattarsi non soltanto di qualificazioni penali o soltanto giuridiche, ma anche alla stregua di norme etiche e/o sociali; che dunque la qualificazione è procedimento complesso nel quale il giudice deve sempre tenere in conto la possibilità che nessuna norma penale, addirittura nessuna norma giuridica qualifichi il fatto.

Detto altrimenti, il fatto ridotto all'osso deve essere depurato da ogni nota di qualificazione; il caso si ha quando il fatto è inteso come centro

---

19 F. GAZZONI, *Diritto privato*, ESI, 81.

di attrazione di ogni qualificazione possibile, salvo poi decidere quale sia la qualificazione pertinente. In realtà il caso nasce dopo il bilanciamento delle qualificazioni possibili, che può portare a vari risultati: tecnicamente gli strumenti del bilanciamento possono avere proprie denominazioni: ad esempio, concorso apparente di norme o concorso di reati; oppure esiti multicolore: un titolo di reato piuttosto che un altro titolo di reato, o addirittura l'irrilevanza penale.

Si pensi alla lunga discussione sul cosiddetto peculato telefonico, cioè il fatto materiale di chi usi indebitamente il telefono dell'ufficio per effettuare telefonate private: peculato comune; peculato d'uso; abuso di ufficio; mero illecito disciplinare – tutte qualificazioni astrattamente possibili, fra le quali è necessario scegliere.

Le qualificazioni, per un verso, sono oggetto non di un'attività di sussunzione ma, per così dire, di bilanciamento la quale è inevitabilmente e legittimamente svolta dal giudice. Per altro verso, tuttavia, come attività di scelta fra più qualificazioni possibili, l'attività del giudice non 'dice' la regola che si applica al caso mediante un procedimento di sussunzione, ma articola un bilanciamento fra più procedimenti di sussunzione attratti dal caso. Ciò equivale ad osservare che è il caso che attrae la regola di decisione.

Detto in altri termini, e cercando di ricapitolare quanto appena osservato, prima della sussunzione sta la scelta della regola per il caso; ma non è il meccanismo di sussunzione che decide né quali siano le qualificazioni concorrenti, né quale sia la norma 'prevalente'. Il sillogismo presuppone un altro momento decisionale, che non è di natura puramente logica.

È il rapporto tra fatto e norme, che forma e si esprime nel 'caso', che pone al giudice la domanda alla quale questi deve rispondere. Scriveva un grande linguista del Novecento, a proposito del concetto di 'caso' (Kasus), che il caso esprime un dovere di decidere, ma non contiene la risposta. Ciò che è caratteristico della «forma caso» è che pone la domanda, ma non fornisce la risposta: ciò che in esso si realizza è il fatto del bilanciare, ma non il risultato del bilanciamento. Ogni decisione genera un altro caso; non c'è un regno delle norme assolute, ma una morale che bilancia norme diverse l'una con le altre, una «balancierende Moral»<sup>20</sup>.

---

20 A. JOLLES, *Einfache Formen: Legende, Sage, Mythe, Rätsel, Sprüche, Kasus, Memo-*

### **3. «Forme elementari», ovvero come descrivere un caso**

Sottolineare l'importanza del fatto a partire dal quale è costruito il 'caso' significa porre l'accento sull'importanza di ricostruire con attenzione certosina la vicenda storica.

Potrà sembrare banale, ma l'operazione che deve essere effettuata in modo primario, con atteggiamento umile e paziente, è proprio quella di ricostruire gli avvenimenti storici, i fatti della vita in senso naturalistico che dovranno poi essere sottoposti alla lente, essere selezionati nello specifico racconto giuridico. Perché ciò sia possibile, occorre partire già quelle che potremmo chiamare, con André Jolles, le forme semplici, unità non ulteriormente divisibili che compongono il fatto o meglio i fatti. È un'operazione materiale, che costituisce tuttavia già un'attività dello spirito con la quale la realtà è presentata come giudicabile, valutabile-secondo-norme. In questa attività non sono soltanto misurate azioni alla stregua di norme, bensì anche norme rispetto ad altre norme<sup>21</sup>. Una volta che si riconduca il fatto alla norma, si produce un caso.

Come si è detto, è decisivo innanzi tutto scomporre nel modo più accurato possibile in forme semplici il fatto concreto. Sottolineare l'importanza della riduzione del fatto le forme elementari può apparire un'ovvietà; e tuttavia importante sotto due profili: uno strettamente applicativo, l'altro di teoria del diritto. Quanto all'aspetto applicativo, si è accennato come possa accadere che l'ossessione qualificatoria impedisca di considerare adeguatamente il fatto materiale e conseguentemente si definisce un caso non congruente rispetto al fatto. Ne vedremo subito un esempio. Quanto all'aspetto di teoria del diritto, l'importanza del caso si ricollega alla pluralità di qualificazioni possibili da parte di vari ordinamenti che tutti concorrono in questa pretesa di qualificazione senza che sia possibile individuare una relazione di tipo gerarchico.

---

*rabile, Märchen, Witz, Niemeyer, 1930: sul «caso» (Kasus) cfr. specificamente 171 ss.; la citazione nel testo è a p. 198.*

21 Con le parole di A. JOLLES, *op. cit.*, 179: «nel caso, considerato come attività dello spirito in cui il mondo è rappresentato come giudicabile e valutabile alla stregua di norme, non vengono soltanto misurate condotte rispetto a norme, ma vieppiù valutate norme verso norme» («Norm gegen Norm»).

#### **4. Qualificazioni che divorano il fatto e confondono il caso: un esempio in tema di prostituzione minorile**

L'esistenza di molteplici qualificazioni del fatto può non escludere, anzi in sostanza presuppone, un accordo sul fatto stesso, sull'accadimento concreto, e ciò di cui si discute è per l'appunto soltanto la qualificazione corretta fra le varie concorrenti sul fatto. Si tratta dell'evenienza nella quale lo schermo delle qualificazioni, oggetto degli argomenti giuridici, ottunde la costruzione del caso: si perde di vista il vero oggetto della qualificazione, e le discussioni girano a vuoto, perché hanno perso di vista il caso e con esso sé medesime. Tanto da essere eventualmente qualificazioni solo in apparenza opposte; oppure, al contrario, realmente opposte ma inutilmente tali, perché passano sopra al fatto, lo dimenticano, e con questo non viene colto il problema del caso, il quale resta non risolto e si ripresenterà ed imporrà una ulteriore discussione, ulteriori pronunce, ulteriori tempi, ulteriori sprechi: e questo solo perché, non inquadrato un fatto, non è stato correttamente costruito il "caso". Ma, a questo punto, cosa è veramente il caso? Cosa comporta identificarlo, come deve essere descritto?

Un esempio della sovrapposizione della qualificazione al fatto, con creazione di un caso inappropriato, può essere individuato in una vicenda decisa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in tema di promessa o dazione di utilità, rivolette a minorenni, con la quale li si convinca a prestazioni sessuali con il (solo) soggetto che dà o promette<sup>22</sup>. La rimessione alle Sezioni Unite partiva da un dubbio sullo schema di qualificazione della condotta così descritta: se essa sia rilevante alla stregua della disposizione che punisce chiunque «induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto»<sup>23</sup>.

Secondo parte della giurisprudenza la condotta induttiva della prostituzione di un minore fra quattordici e diciotto anni può essere commessa anche mediante un 'pagamento persuasivo': cioè «può consistere anche nel mero pagamento della prestazione da parte del "cliente", che persuade il minore a consentire agli atti sessuali»<sup>24</sup>. Ciò che persuade e rientra per ciò stesso nello schema qualificatorio della ' induzione ' è, insom-

---

22 Cass. S.U. 19.12.2013, n. 16207, ad es. in «CP» (2015), 2179 (nota V. FEDERICA); «GI» (2014), 1718 (nota E. APRILE); «GP» (2014), 257 (nota B. ROMANO).

23 Art. 600, co. 1, n. 1, c.p.

24 Cfr. le pronunce citate in Cass. S.U. 19.12.2013, cit., fg. 6 della motivazione.

ma, il pagamento preventivo, o la semplice promessa, senza che siano necessarie ulteriori condotte di persuasione, per così dire, discorsiva. Il pagamento, è precisato nelle motivazioni, è forma *automaticamente* induttiva soltanto nel caso dei minori: in ciò la differenza con l'induzione nei confronti del maggiorenne – spiega la Cassazione, con insegnamento peraltro costante – la quale richiederebbe invece l'accompagnamento di condotte ulteriori, *sub specie* di pressioni fisiche e psicologiche che, superando le resistenze di ordine morale o di altra natura che trattengono la persona dalla prostituzione, incidono sulla libertà fisica o psichica della persona che viene spinta a prostituirsi.

Lo *stylus curiae* non è specialmente scorrevole, ma il concetto è chiaro. L'argomentazione ruota tutta intorno alla differenza fra gli schemi qualificatori, cioè alla differenza tra le fattispecie astratte di prostituzione di maggiorenni e di minorenni. Su questo stesso, indiscusso presupposto della diversità tra le due situazioni normativamente qualificate come reato – pagamento di un adulto e pagamento di un minore – si innesta il dubbio che porta ad investire le Sezioni Unite. L'ordinanza di rimessione si chiede se

«le esigenze di tutela dei minori possano giustificare un approccio differenziato, tale da condurre al punto di ritenere che il concetto giuridico di “prostituzione minorile” sia integrato anche nella ipotesi che la relazione sessuale dietro compenso sia limitata ad un unico adulto in assenza di intermediari e/o sfruttatori e, successivamente, che l'attività di “induzione” nei confronti del minorenne possa essere configurata anche nella sola condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, così da convincere la vittima a compiere una o più volte atti sessuali esclusivamente con il soggetto agente».

La questione di diritto – per come posta dai giudici – riguarda dunque una situazione in cui, tenuta per ferma la sinallagmaticità (prestazione sessuale dietro compenso), si contesta la tesi che ascrive l'atto sessuale col cliente che dà o promette compenso al concetto di (induzione alla) prostituzione.

Le Sezioni Unite escludono l'applicabilità della fattispecie astratta di induzione alla prostituzione, e ritiene applicabile la meno grave fattispecie che punisce il ‘ semplice ’ compimento di atti sessuali «in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi»; ed è giusto. Ma anche la punizione del ‘ mero fruitore ’ si inserisce a pieno titolo nel quadro della prostituzione (minorile) come fenomeno, e sarebbe questa

la ragione dell'accorpamento delle due fattispecie sotto un unico titolo di reato: si tratta di

«sanzionare autonomamente anche il singolo ed estemporaneo rapporto a pagamento per la sua attitudine ad alimentare, sia pure indirettamente, il circuito della prostituzione (lo stimolo del compenso, infatti, potrebbe spingere il minore a proseguire l'attività e ad estendere la sfera dei clienti, con l'inevitabile pericolo di determinare, nel tempo, un suo stabile inserimento nel mercato)» (para 8 della motivazione).

La tutela del minore nella sua libertà sessuale anche *contra unum actum* risponde in effetti allo scopo generale, espresso anche dagli strumenti internazionali ai cui obblighi di incriminazione l'Italia si è progressivamente conformata, di tutelarne lo «sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale». In quest'ottica, il minore dev'essere tutelato contro il singolo atto non già perché potrebbe essere inserito in un giro sistematico di prostituzione, ma perché l'atto retribuito costituisce un attacco potenzialmente devastante alla personalità individuale: il legislatore ha tenuto conto di un orizzonte culturale che coinvolge neuropsichiatria infantile, la psicologia dell'età evolutiva o in generale le discipline comunque denominate che si occupino della personalità in via di sviluppo.

Ma non è tanto questo il punto che s'intende qui discutere. Il vero problema è che la discussione sugli schemi alternativi di qualificazione della condotta ha perso di vista il fatto.

Nella situazione di partenza, descritta rapidamente in sentenza,

«i primi contatti sessuali si erano consumati in *assenza di un accordo* fra il ricorrente e i minori in ordine ad un qualche compenso ed in assenza di previa dazione di utilità, *laddove invece i successivi approcci a carattere sessuale erano stati accettati dai minorenni sul presupposto del ripetersi delle regalie che il ricorrente aveva elargito al termine del primo episodio*»<sup>25</sup> (corsivo aggiunto).

Il caso, a questo punto, è diverso da come rappresentato nell'interrogativo sottoposto alle Sezioni Unite, se costituisca induzione alla prostituzione anche il solo pagamento 'persuasivo'. La 'sinallagmaticità' delle prestazioni, nel senso dell'accordo per il quale una prestazione ha come contropartita un'altra non può essere assunta a priori, perché non c'è: non c'è l'accordo precedente.

---

25 Cass. S.U. 19.12.2013, cit., fg. 5.

Il vero interrogativo che nasce dal ‘fatto’, a questo punto, è diverso, e consiste nel chiedersi *se la mancanza di un accordo esplicito, cioè di una esplicita promessa abbia influenza sull’integrazione del reato, sotto il profilo della sinallagmaticità (cioè se escluda che i donativi dati dopo il fatto possano esser considerati comunque «in cambio» dell’avvenuto compimento di atti sessuali, ne siano cioè un corrispettivo).*

Questa domanda resta irrisolta perché la Cassazione, enunciando il principio di diritto secondo il quale si applica la fattispecie meno grave alla «condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso sui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente»<sup>26</sup>, risponde (negativamente) ad un’altra domanda. Alla domanda, cioè, se costituisca induzione il pagamento o la promessa (accettati).

Ma è la risposta alla domanda sbagliata, e la domanda è sbagliata perché non è stato costruito in modo appropriato il ‘ caso ’, non è stato cioè descritto il fatto nelle sue forme elementari, nelle sue unità non ulteriormente scomponibili che sono l’appropriato oggetto della sussunzione.

Il caso è stato inteso come se si dovesse stabilire se la promessa fosse sufficiente ad integrare l’induzione (rappresentazione totalmente normativizzante, che non è una “forma semplice”, non esprime il *Kasus*).

Invece la corretta narrazione del caso dovrebbe articolarsi secondo questa scansione:

T<sub>1</sub>

1-Tizio invita Caio minorenne una prima volta

2-non promette né dà regali

3-Tizio e Caio compiono atti sessuali

4-Tizio offre donativi dopo il compimento degli atti

T<sub>2</sub>

1-Tizio invita Caio minorenne

2-Caio accetta sul presupposto implicito che tizio lo remunererà

---

<sup>26</sup> Cass. S.U. 19.12.2013, cit., fg. 18.

3-Tizio e Caio compiono atti sessuali

4-Tizio offre donativi dopo il compimento degli atti

Se 1, 3, 4 sono identici in entrambe le sequenze temporali ( $T_1$  e  $T_2$ ), la differenza tra la prima e la seconda sta nella valutazione della situazione al punto 2: la domanda è dunque non già se costituisca induzione alla prostituzione il pagamento o la sua promessa, ma *se il compimento di atti con un minore che agisca sul presupposto implicito che siano remunerati abbia rilevanza penale ed a quale titolo.*

Non compare nella descrizione del fatto, come si vede, il termine “prostituzione”; questo appartiene non al piano dell'accadimento concreto, ma al livello della sua qualificazione normativa: non è concreto e dunque non può partecipare alla descrizione del caso.

Il paragone con la prostituzione degli adulti, che ha un ruolo argomentativo cospicuo nella posizione del problema giuridico sottoposto alle Sezioni Unite, e che anche queste prendono diffusamente in considerazione, svela qui una sorta di crittòtipo, cioè *l'idea che dovunque vi sia il compimento di atti sessuali aventi come contropartita un prezzo, lì vi sia prostituzione.* La promessa penalmente rilevante potrebbe essere anche implicita, e come promessa costituirebbe certamente induzione alla prostituzione. In realtà, lo schema qualificatorio della prostituzione, ad onta della rubrica comune ad entrambe le ipotesi contenute nell'articolo, non c'entra. O almeno non rileva dal punto di vista della fattispecie tipica: la disposizione punisce il compimento di atti «in cambio di un corrispettivo anche solo promesso»; cioè potrebbe essere promesso e non dato, ma non importa che lo sia; ma soprattutto, *potrebbe non essere stato neppure promesso dall'agente, ma soltanto atteso dalla vittima, purché sia dato come corrispettivo*

Insomma, quella sulla prostituzione non è l'unica norma sul caso, ma intercetta altre norme basate su diversi atteggiamenti valutativi – le norme sono *wertende Normen*. Assumere un orizzonte escludendo altri non rende conto del caso. Ecco perché si arriva a qualificazioni contrapposte: si contrappongono valori astratti. Il caso media: tutte le sentenze sarebbero d'accordo nel dire che la promessa implicita nella ripetizione delle esperienze pregresse è una promessa – anche se non è “induzione”.

## 5. Interlegalità (un cenno)

Veniamo alla prospettiva di teoria del diritto, di cui si è accennato più sopra (§ 3) che rende attuale e pone come centrale il ruolo del ‘caso’.

Per impulso di cultori di cd. *applied legal theory* e di diritto internazionale stata tematizzata la situazione – denominata di inter-legalità<sup>27</sup> per la quale «la precettività giuridica è condivisa fra più ordinamenti», nel senso che ogni ordinamento può produrre effetti giuridici in costanza di quelli prodotti da altri ordinamenti, senza che sia possibile istituire una relazione gerarchica, e addirittura una relazione comunque ‘governata’. In questi casi, «il diritto rilevante è ... quello che risulta dall’interconnessione che si stabilisce fra le diverse legalità nel caso concreto. Non c’è un diritto inter-legale astratto e generale dunque: l’articolazione fra regimi giuridici non è l’esito di una preventiva pianificazione da parte di un soggetto creatore di diritto, ma è un accadimento... È solo quando, nel caso concreto, le legalità si fronteggiano e si intrecciano che emerge il problema pratico dell’Inter-Legalità». E ancora: «le circostanze che si irradiano dal caso evocano diversi ordinamenti che danno vita al fenomeno dell’inter-legalità: all’unitarietà del fatto si contrappone la pluralità delle fonti, a sua volta derivante dalla necessità che la sua disciplina ha imposto. Il diritto inter-legale ... è un diritto del caso concreto»<sup>28</sup>. «Il caso situato in mezzo agli ordinamenti non è terra di nessuno, ma uno spazio in cui convergono discipline derivanti da più fonti: paradossalmente è un luogo in cui c’è più diritto e la questione giuridica riguarda proprio quale sia la disciplina di un fatto cui è associato un eccesso di diritto»<sup>29</sup>.

Anche in questo contesto, la riduzione alle «forme semplici» è il primo momento di una complessa operazione intellettuale: consiste nell’accertamento dei caratteri propri del caso e nella comprensione del problema giuridico che esso pone. Nell’ipotesi di concorso fra pretese regolative di ordinamenti diversi, ciò che muta rispetto al caso «ordinario» sarebbe la circostanza che il caso giuridico inter-legale «è il prodotto di un composito e poliedrico plesso di qualificazioni normative in genere

---

27 J. KLABBERS - G. PALOMBELLA (Edd.), *The Challenge of Inter-legality*, CUP, 2019; per una prima sommaria riflessione anche dal punto di vista del diritto penale cfr. A. DI MARTINO, *Interlegality and Criminal Law*, *ibidem*.

28 G. PALOMBELLA - E. SCODITTI, 6 del dattiloscritto. V. già per la tematizzazione del concetto G. PALOMBELLA, in J. KLABBERS - G. PALOMBELLA (Edd.), *op. cit.*

29 G. PALOMBELLA - E. SCODITTI, 11 del dattiloscritto.

determinate attraverso le singole legalità rilevanti»<sup>30</sup>. Più precisamente, il principio regolativo del caso consiste, metodologicamente, nella presa in considerazione di tutti i parametri di qualificazione, riconoscendo validità («reciproco riconoscimento di forza normativa») ad ordinamenti diversi da quello ‘domestico’ ed eventualmente anche a livelli regolativi non statuali né, eventualmente, pubblici in senso classico<sup>31</sup>.

La differenza con il caso ordinario, tuttavia, è forse meno vistosa di quanto possa apparire. Nelle situazioni di inter-legalità il principio regolativo di carattere metodologico non impone di per sé un contenuto decisorio identificabile secondo un principio di carattere sostanziale (ad esempio, la massima tutela dei diritti individuali); analogamente a quanto già visto in relazione a situazioni pensate come puramente ‘interne’, il giudice deve effettuare un bilanciamento e questo non deriva dallo schema meccanico della sussunzione ma da complessiva ponderazione delle circostanze del caso, normativamente qualificate.

Piuttosto, esiste una reale differenza, in effetti, fra questa situazione e il ‘caso’ puramente interno: che non solo si può dare l’ipotesi nella quale fra più qualificazioni normative astrattamente possibili una sola è quella appropriata, ma anche quella in cui più d’una di queste sia appropriata e se ne debba bilanciare il ‘peso’ nel regolare il caso (si pensi alle vicende *Kadi*, o *Melloni*). Anzi, nell’inter-legalità in senso pluriordinamentale quest’ultima è la situazione forse più consueta. Ma è un orizzonte nuovo, in cui c’è ancora da studiare, e pensare, prima di scriverne.

---

30 G. PALOMBELLA - E. SCODITTI, 18 del dattiloscritto.

31 Penso, ad esempio, a determinati standard internazionali (del tipo di quelli promossi dal sistema ISO) che mirano a regolare determinati settori di attività a fini di certificazione di conformità.

