

## CONVEGNI

---

**SERGIO BONINI**

### **Riflettendo intorno al sistema penale come impresa collettiva <sup>(\*)</sup>**

SOMMARIO: 1. Discrasie e auspicabili ravvicinamenti fra dottrina e legislatore. – 2. Discrasie e auspicabili ravvicinamenti fra dottrina e giurisprudenza. – 3. Esplicitazione e sfoltimento della precomprensione.

#### **1. Discrasie e auspicabili ravvicinamenti fra dottrina e legislatore.**

Il tecnicismo giuridico della (per alcuni versi mirabile) prolusione letta nel 1910 da Arturo Rocco ha generato un’“onda lunga”, che si è fatta sentire per vari decenni. Come rilevato da Gabriele Fornasari in un saggio su «Conquiste e sfide della comparazione penalistica», fu probabilmente la “miscela” dell’aumentato fascino delle indagini di pura dogmatica e del timore di doversi riassumere sgradite responsabilità riformatrici a far sì che per oltre una sessantina d’anni l’atteggiamento della dottrina nei confronti del legislatore non sia stato quello di imperterrito pungolo propositivo che ci si sarebbe aspettati in uno Stato costituzionale. Fino al “triplice disposto” della «Teoria generale del reato» di Bricola, dello slancio riformistico che rimbalza dal Convegno bolognese sui cinquant’anni del codice Rocco e del vigoroso interesse per la comparazione penalistica che si riattiva all’inizio degli anni ’80, la fedeltà alla mera esegesi, interpretazione e dogmatica del diritto positivo rimane – conoscendo picchi di qualità elevatissimi, e rilevanti anticipazioni del suo superamento – sostanzialmente dominante<sup>1</sup>.

In rapporto alla prolusione sassarese e alla pervasività del suo soffocante abbraccio, oggi l’atteggiamento della scienza penale può dirsi quasi capovolto: praticamente ogni monografia e tanti “semplici” articoli si nutrono di rilievi dialettici e *de lege ferenda*, spesso ispirati a quel formidabile serbatoio di pensieri che è l’esperienza comparata.

---

<sup>0</sup> Testo dell’intervento programmato svolto nella Giornata su «Cosa insegnare, come insegnare» (Bologna, 15/5/2015), nell’ambito degli Incontri di studio dell’Associazione Franco Bricola in tema di «Prospettive attuali della ricerca e della didattica nelle discipline penalistiche». La prima Giornata (17/4/2015) è stata infatti dedicata a «Il futuro della ricerca».

<sup>1</sup> FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, *Teoria del reato, criminologia e politica criminale*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, 2006, 266-268. La perenne importanza del tecnicismo giuridico sta invece nell’implicito monito che «quando si giudica una persona occorre che questa sia chiamata a rispondere per violazione di *regole preesistenti* al fatto»: v. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127-178, spec. 167.

Quello che vorrei evidenziare è dunque che non abbiamo bisogno di radicalizzare la critica al legislatore per dimostrare che siamo definitivamente usciti dalle secche del tecnicismo giuridico: è già sicura la presa di distanza della ricerca e dell'insegnamento degli ultimi quarant'anni da questo indirizzo<sup>2</sup>. A mio modo di vedere, è realmente produttivo ciò che definirei “equilibrio contro-problematico”, che sappia di volta in volta denunciare i problemi che affliggono l'attuale legislazione senza peraltro nascondersi l'inesistenza di soluzioni (penalistiche, extrapenalistiche o extragiuridiche) “magiche” o *tranchant*, perché esiti armoniosi passano attraverso bilanciamenti fra interessi e controinteressi che non consentono deduzioni automatiche<sup>3</sup>.

Basti pensare ai principi, le «promesse non mantenute» come si è scritto, di *extrema ratio* da un lato e di determinatezza dall'altro<sup>4</sup>: la legittima espressione di insoddisfazione verso il legislatore per l'inadeguato rispetto di queste essenziali idee liberali merita sempre di essere accompagnata da considerazioni di contesto.

Sul piano dell'*ultima ratio*. Se come prevalente (anche se ristretta) alternativa al penale pensiamo alla consueta “opzione amministrativa”<sup>5</sup>, non si può tra-

---

<sup>2</sup> Restando, a ogni buon conto, quantomeno in parte vero che nella nostra materia «le capacità di ragionamento sul diritto, l'orizzonte della dogmatica, l'attendibilità dei risultati sono inevitabilmente condizionati dall'orizzonte angusto delle “parole” del legislatore»: BRUNELLI, *Azione unica e concorso di reati nell'esperienza italiana*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, gennaio-giugno 2006, 227; quantomeno in parte: non sembra velleitaria l'idea di una dogmatica penale universale, che «aspira a soluzioni dotate di validità generale per un nucleo centrale del diritto penale», senza lasciarsi bloccare (in rapporto ai capisaldi della parte generale e ai cardini del sistema sanzionatorio) dagli «steccati» nazionali: cfr. HIRSCH, *Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I, cit., 387-402. Sembra invece, criticamente, presupporre un'attuale predominanza dell'indirizzo tecnico-giuridico VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, *Concetto, fonti, validità, interpretazione*, II ed., Padova, 2009, 272-274 (ma siffatto predominio appare fra l'altro smentito dalla nutrita schiera di opere di taglio storico e comparato meritoriamente coordinate dall'autore!).

<sup>3</sup> Che tali bilanciamenti si situino in ogni «luogo» dell'analisi bi/tri/quadripartita del reato è stato mostrato da DONINI, *Relazione su «Le scriminanti nel quadro delle odierne problematiche del bilanciamento di interessi»*, tenuta al Convegno «Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche» (Pisa, 8-9/5/2015).

<sup>4</sup> MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001 (dove il concetto di «promessa non mantenuta», al di là del titolo, è ampiamente riferito alla stessa sussidiarietà).

<sup>5</sup> Anche altre, meno praticate ma significative, sono in effetti le «alternative» alla «via breve» penalistica: sanzioni civili di natura ripristinatoria e risarcitoria, controlli informali di tipo etico, forme di mediazione e di prestazione di attività non retribuita a favore della collettività, misure prescrittive specifiche, misure premiali. Per la delimitazione di una strategia a più “pedine” di vasta portata FORTI, *Le ragioni extrapenalistiche dell'osservanza della legge penale: esperienze e prospettive*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013 (stampa 2014), 157-188. Che l'*extrema ratio* sia fruttuosamente declinabile in virtù dell'interazione con altri principi (personalità della responsabilità penale, uguaglianza, offensività, proporzionalità) è indicato da DE FRANCESCO, «Interpersonalità» dell'illecito penale: un “cuore antico” per le moderne prospettive della tutela, in *Cass. pen.*, 2015, 854-878.

scurare come essa presenti a ben vedere tutta una serie di incongruenze e difetti, che rendono meno “invitante” la depenalizzazione. Si va dall’inefficienza o in ogni caso dalla discontinuità della pubblica amministrazione nella repressione degli illeciti<sup>6</sup>; per arrivare al modesto tasso di imparzialità se non alla permeabilità alla corruzione di talune pubbliche amministrazioni<sup>7</sup>. Ci si imbatte poi nel complesso nodo delle garanzie sostanziali e processuali delle quali dotare l’illecito amministrativo: il quale, modellato in senso parapenale dalla l. 689 del 1981, sulla scia dello *OWiG* tedesco del 1968, andrebbe forse, ai fini di un suo maggiore sviluppo, maggiormente differenziato (*id est* semplificato) rispetto all’illecito penale<sup>8</sup>; per doversi fare altresì i conti con la “polverizzazione delle competenze”, penali e amministrative, indotta dall’insistenza di più norme sullo stesso ambito di tutela. Con riguardo agli illeciti economici e ambientali, c’è poi da considerare la tattica che può adottare l’impresa, dopo aver pagato la sanzione amministrativa pecuniaria in luogo della persona fisica che ha agito nel suo interesse, di rivalersi sugli ignari consumatori praticando una maggiorazione dei prezzi; senza potersi sottostimare l’appesantimento della mole di lavoro della giurisdizione amministrativa che fa da contraltare allo sgravio del carico gravante sulla giurisdizione penale<sup>9</sup>.

Analoga sottolineatura di limiti – sottolineatura che vuole essere propositivamente mirata alla crescita, non certo a un ridimensionamento, della logica dell’*extrema ratio* – può farsi in relazione a un principio pur già oggi classificato come «dimostrativo» e non semplicemente «argomentativo» (richiamando una nota “distinzione mobile”) quale è la determinatezza/tassatività.

A riguardo, faccio mie alcune considerazioni svolte da *Eberhard Schmidhäuser* in un “vecchio” scritto in tema di «*Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*»: un’analisi mordace sulle “capacità di prestazione” della determinatezza, ma anche lo sforzo di suggerire nuovi contorni per un’idea-guida che, se intesa in termini sostenibilmente “relativi”, potrebbe

---

<sup>6</sup> Della quale si può avere esperienza quotidiana e che risulta confermata – almeno per quanto riguarda la tempestività della risposta sanzionatoria, che peraltro come noto rappresenta condizione centrale sul terreno generalpreventivo – da un importante, pur se ormai storicamente datato, lavoro in *tean*: cfr. GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 729-755.

<sup>7</sup> Pubbliche amministrazioni soggette a condizionamenti derivanti da esigenze di politica locale o di carattere economico, cui conseguono loro minore autorevolezza e credito popolare, e in particolare una bassa fiducia del soggetto passivo della sanzione nella terzietà dell’organismo decisionale.

<sup>8</sup> Per esempio in ordine agli aspetti soggettivo-personalistici della responsabilità, mantenendo comunque ferme talune imprescindibili garanzie relative agli organi deputati ad accertare le violazioni e a irrogare le sanzioni, nonché alle modalità della risposta sanzionatoria.

<sup>9</sup> Per più puntuali riferimenti anche bibliografici su questi “vizi dell’amministrativo”, si può vedere BONINI, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 58-60.

progredire dallo “statuto” di bella utopia al rango di principio finalmente difendibile nelle plurime sedi di rilevanza (divenendo un principio “effettivamente dimostrativo”: poiché i principi, per dir così, “non nascono dimostrativi”, e nella prassi possono persino regredire nel rango acquisito, occorre ogni giorno lottare per il loro consolidamento).

La realtà interpretativa - si osserva - offre infatti esempi su esempi di come la giurisprudenza assurga spesso a un decisionismo che frustra le molteplici *rationes* del principio di determinatezza, e fra queste su un piano ordinamentale la divisione dei poteri e sul versante endopenalistico il collegamento fra chiarezza normativa e prevenzione generale-deterrenza. In non rare pronunce - alcune glossate da Schmidhäuser con la punteggiatura, abbastanza insolita nella letteratura penalistica, «?!?» - il richiamo a senso e scopo della legge diviene non già integrativo bensì di fatto sostitutivo del dettato testuale (e del linguaggio corrente); ciò che in una sentenza viene “linguisticamente escluso”, anche a distanza di poco tempo viene ammesso come dato pacifico: un autentico caso di “trasformazione della parola” (*Wortverwandlung*) che disorienta soprattutto se ci si mette nei panni dello straniero, privo di familiarità con il vocabolario oltre che con il codice tedesco.

Davanti a questo stato delle cose, sarebbe però costruttivamente infelice (limitarsi a) stracciarsi le vesti, come farebbe una matricola di giurisprudenza o uno studioso ammalato di “solipsismo giuridico”: inclini l’uno e l’altro a pensare che i confini della fattispecie rispondano alla logica del “sin qui e non oltre!”; altrettanto poco produttivo sarebbe arrivare a ritenere che una grande quantità (la totalità?) delle pronunce sia costituzionalmente censurabile, per il fatto che espressamente o implicitamente non si fonda sul solo significato testuale.

In ottica propositiva, sposo la riflessione secondo cui per lungo tempo il principio di determinatezza è stato “sovraesposto” (*überspannt*) quanto a fiducia nelle sue virtualità attuative e di conseguenza «non potrà essere preso sul serio fintantoché sarà proposto in una versione incondizionata».

In questo senso, si può parlare di un’accezione “relativa” - ma questa sì irrinunciabile! - della determinatezza.

Il diritto penale vive infatti di un eterno “conflitto valoriale” (*Wertkonflikt*).

Da una parte sta il valore di una “relativa” giustizia (ricorre l’aggettivo), che comporta il “superamento” del primo dato di base, quello letterale, per salire su un secondo e poi su un terzo gradino consistenti nell’interpretazione “obiettiva” e teleologica. Dall’altra, si staglia il valore della sicurezza giuridica, ovvero della prevedibilità del nesso condotta umana/effetto giuridico: ne discende l’esigenza di prendere la legge penale “il più possibile alla lettera”; do-

po una serie di verifiche e controverifiche sistematicamente e teleologicamente orientate, la “prova finale” sarà comunque quella del “ritorno” all’originaria comprensione testuale.

Da questa visione – che a me sembra contrassegnata da uno speciale equilibrio nel proporre controargomenti – viene ricavata una serie di corollari, dei quali mi limiterò a citarne due.

Dal punto di vista della ricerca scientifica, la differenziazione del livello di determinatezza esigibile a seconda del fenomeno empirico-sociale, dello strumentario linguistico e del settore normativo di volta in volta coinvolti, assicura una non-disperione delle forze intellettuali in irraggiungibili obiettivi di determinatezza assoluta, per converso favorendo un’accresciuta allerta e vigilanza su istanze più circoscritte ma soprattutto conseguibili.

Dal punto di vista dell’insegnamento universitario – il *Kern* del nostro incontro odierno su «Cosa insegnare, come insegnare»<sup>10</sup> – una presentazione della determinatezza come meta fondamentale ma “relativa” eviterebbe quella cocente disillusione cui vanno incontro gli studenti quando, nell’approfondire la materia, e nel «viverla» poi da laureati, scoprono un abissale “scarto” tra teoria e prassi<sup>11</sup>.

Sintetizzando brutalmente con mie parole: vero che il principio di determinatezza è spesso “strapazzato” dal legislatore, dobbiamo tuttavia essere pienamente consapevoli e rendere consapevoli che il linguaggio penalistico non può che essere poroso – finanche vago, come usano dire i filosofi del diritto<sup>12</sup> – e comunque non formalizzato, non matematico<sup>13</sup>; non possiamo perciò... pretendere la luna ovvero, fuor di metafora, la determinatezza assoluta<sup>14</sup>: raccontare la “favola bella” del principio “assoluto” non pare del resto che abbia

---

<sup>10</sup> L’inseparabilità di ricerca e insegnamento non dovrebbe peraltro formare oggetto di particolari dimostrazioni.

<sup>11</sup> Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafgesetzliche Bestimmtheit: eine rechtsstaatliche Utopie*, in *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, a cura di Selmer, von Münch, Berlin-New York, 1987, 231-247.

<sup>12</sup> Per una riflessione aggiornata, PUPPO, *Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica*, Padova, 2012.

<sup>13</sup> Sull’irriducibilità del diritto a matematica v. taluni riferimenti in DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in questa *Rivista*, 2014, 1-23.

<sup>14</sup> Con più generale riferimento ai frequenti strali lanciati contro un legislatore «dilettantesco» scrive apertamente FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, 194, di «superbia professorale fuori tempo massimo», quando invece «una parte non piccola di responsabilità» dell’oggettiva precarietà in cui versa il sistema penale dovrebbe ricadere su una dottrina penalistica «sempre più autoreferenziale e sempre meno capace di farsi ascoltare nei circuiti esterni al dibattito universitario».

concretamente giovato all'affermarsi della determinatezza<sup>15</sup>. Solo su queste basi piaccia o non piaccia “relativistiche” potremo costruire un fortino concettuale a presidio della determinatezza, negli intenti inespugnabile!

Aggiungerei che lo stesso studio in chiave comparata ci aiuta a relativizzare i problemi (e, come detto, nell'accezione schmidhäuseriana, i principi: ma si tratta, con un ossimoro, di “relativizzazione irrobustente”). In particolare, l'analisi comparatistica vale, ovviamente, a far emergere “in positivo” la praticabilità di soluzioni razionalmente armoniche in rapporto ad aspetti legislativo-dogmatici che rappresentano delle “costanti” nel quadro di riferimento; ma anche, “in negativo”, come ausilio alla sdrammatizzazione di problemi che potrebbero apparire, a prima vista, “solo interni”, “solo italiani”. Insomma: la comparazione ci insegna che facciamo bene a tendere verso la costruzione delle migliori disposizioni possibili, e la loro più accorta interpretazione («l'utopia è la madre del progresso»); ma con la consapevolezza che non esiste il legislatore perfetto o la disposizione perfetta (e nemmeno, si potrebbe aggiungere, l'interprete perfetto): ogni formulazione legislativa è criticabile, anche perché ciascuna disposizione presenta sempre profili positivi e profili negativi (come osserva Alberto Cadoppi, muovendo dall'analisi di un dettato da più voci contrastato come l'art. 612-*bis* del codice penale italiano in materia di atti persecutori)<sup>16</sup>.

Predicare nelle aule universitarie il significato del principio di legalità e vederlo poi così “trascurato” nella produzione legislativa rischia di causare una «depressione lavoro-correlata», «una sorta di malattia professionale», come ha scritto di recente con fine autoironia Donato Castonuovo<sup>17</sup>. Proseguendo l'immagine, dovrebbe dirsi che l'antidoto più efficace sarebbe quello di un legislatore che riprendesse a frequentare assiduamente la “scuola della ragione” e sapesse rinunciare alla produzione di leggi sperimentali – nel senso di emanate senza un adeguato *background* di studi empirico-criminologici<sup>18</sup> –, «sciatte»<sup>19</sup>, «simboliche»<sup>20</sup>, «compromissorie»<sup>21</sup>, «indeterminate»<sup>22</sup>, «*ad perso-*

<sup>15</sup> Al di là poi di un certo nominalismo proprio di questo genere di (auto)aggettivazioni: anche in tema di riserva di legge, «i propugnatori della “riserva relativa” talvolta sono più esigenti circa i requisiti di legittimità costituzionale, di quanto non lo siano i sostenitori della “riserva assoluta”», come notava PAGLIARO, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali* (1977), in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, III, *Altri scritti - I*, Milano, 2009, 389.

<sup>16</sup> Cfr. CADOPPI, *Stile legislativo di common law e continentale a confronto: l'esempio dello stalking*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra, Dassano, Napoli, 2010, 117.

<sup>17</sup> CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 488-489.

<sup>18</sup> V., nella dottrina costituzionalistica, HORN, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, Berlin, 1989.

<sup>19</sup> V. la *Moralité* di M. GALLO, *Il senso di una paroletta*, in *Crit. dir.*, 2013, 278-282.

*nam*»<sup>23</sup>. Nell'attesa che questa cura sia finalmente disponibile (ma lo sarà mai?), e comunque a suo sostegno, la valeriana o la tachipirina del caso (non sono un medico e prescrivono farmaci un po' alla buona...) potrebbe essere proprio quella di una più spiccata apertura alla controproblematizzazione<sup>24</sup>: detto con rude franchezza, si ha infatti l'impressione che talune analisi dottrinali, mirate alla critica radicale della normazione dei nostri tempi, inquadrino magistralmente una parte del più complesso "problema legislativo".

## 2. Discrasie e auspicabili ravvicinamenti fra dottrina e giurisprudenza.

Due posizioni di base, accompagnate da anche notevoli sfumature s'intende, può assumere e ha assunto l'accademia nei confronti della giurisprudenza: una parte della scienza penale propende per un atteggiamento fondamentalmente critico nei confronti dell'"espansionismo" giurisprudenziale; altra parte della dottrina opta per un atteggiamento in linea di principio dialogico con la giurisprudenza<sup>25</sup>.

La prima inclinazione spirituale è quella probabilmente più diffusa fra i nostri studiosi: consacrata in un importante Convegno su «Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale»<sup>26</sup> e confermata in numerose occasioni successive, essa può vantare delle buone ragioni; del resto, se pensa al proprio campo attuale di ricerca o a campi di interesse generale, ciascuno potrà immediatamente indicare pronunce poco convincenti.

Cercherò di mostrare come la seconda tendenza sia globalmente preferibile. Domenico Pulitanò non ha mancato autorevolmente di evidenziare come la «discrasia» ravvisabile nello stesso ambito dottrinale - significativa la riproposizione del termine con questa nuova area di riferimento - possa essere collegata, anche, al fenomeno delle «due toghe». Una speciale fermezza nella criti-

<sup>20</sup> PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430-544, spec. 537-540.

<sup>21</sup> PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, cit., 539.

<sup>22</sup> MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, cit.

<sup>23</sup> DOLCINI, *Leggi penali 'ad personam', riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 50-70, spec. 56-70.

<sup>24</sup> Controproblematizzazione che potrebbe forse essere ricompresa in un «Codice deontologico per i giovani studiosi del diritto penale»: valevole «sempre e soltanto per loro?!», come si chiede nel delinearne una «bozza» MANTOVANI, *Il codice deontologico del giovane cultore del diritto penale*, in *Criminalia*, 2013, 645-649, che riprende la davvero graffiante pagina di PAGLIARO, *Regole della citazione faziosa*, 1984, (1984) in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, IV, *Altri scritti - II*, Milano, 2009, 579-580.

<sup>25</sup> Per tale bipartizione, PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, in *Riv. it. sc. giur.*, 4, 2013, 157.

<sup>26</sup> Cfr. *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991.

ca della dottrina alla giurisprudenza potrebbe essere dovuta a una prevalenza, magari inconscia, della toga forense su quella accademica: l'esperienza delle due toghe, si chiarisce, è certamente arricchente sul piano della stessa costruzione teorica delle ragioni del diritto (nonché, chioso in rapporto al tema dell'incontro di oggi, sul piano dell'insegnamento universitario)<sup>27</sup>; ma si espone al rischio, «che potrebbe talora rivelarsi non infondato», di «contaminazioni fra diversi stili e diverse etiche del discorso: l'etica della ricerca scientifica, l'etica (e la retorica) della difesa di interessi “di parte”»<sup>28</sup>.

Ma c'è, per l'appunto, dell'altro, e in proposito sono a mio agio nelle chiavi di lettura offerte da Francesco Palazzo. Un atteggiamento critico se non marcatamente critico verso la giurisprudenza può trovare essenziale addentellato o in una «strenua adesione e difesa della legalità penale, considerata nella sua versione costituzionalmente forte»; o/e nell'opposizione, innanzitutto teorica, ai modelli ermeneutici sul carattere valutativo-creativo dell'interpretazione. Solo che – questa la “critica della critica” che si legge in Palazzo e che condivido – il nobilissimo afflato legalitario rischia talvolta di isterilirsi in una «spietata analisi delle intemperanze e degli straripamenti della giurisprudenza» (o della sua stessa politicizzazione<sup>29</sup>), verosimilmente destinata «a non incidere più di tanto sulla deprecata situazione, e comunque a non spingere il ruolo della scienza oltre il pur necessario atteggiamento di denuncia». Il secondo aggancio, a fronte dell'«ormai consolidata accettazione delle teorie ermeneuti-

<sup>27</sup> Ovvero nella presentazione agli studenti dell'«algoritmo», secondo l'icastica locuzione usata da BRUNELLI nella Relazione introduttiva penalistica alla presente Giornata di studi.

<sup>28</sup> PULITANÒ, *Discrasie nel mondo penalistico*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 342 e 348-349.

<sup>29</sup> Paradigmatico dell'approccio critico MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Criminalia*, 2013, 389-408, spec. 397-398, in un passo che a motivo della sua esemplarità vale la pena riportare per esteso: «in particolare durante l'epoca di Tangentopoli, i partiti di governo e, soprattutto, quelli più progressisti, ancora all'opposizione, si sono illusi di utilizzare la giurisprudenza come “cinghia di trasmissione”, per conquistare il potere *tout court* [.]. Ciò che ne è risultato è stato un ulteriore aumento della valenza e del peso della magistratura, ormai del tutto autonoma ed indipendente da ogni altro potere statale, con il conseguente indebolimento sia del potere governativo, che forse, ancor di più, di quello legislativo-parlamentare, che continua tutt'ora a caratterizzare la più recente storia sia politica, che economica italiana». Accenti non dissimili nell'istruttivo contributo di INSOLERA, *L'evoluzione della politica criminale tra garantismo ed emergenze. Dagli anni '60 all'emergenza mafiosa*, in *Il diritto penale tra scienza e politica. Nel ricordo di Franco Bricola vent'anni dopo*, a cura di Donini, Stortoni, Bologna, 2015, 9-21. Scrive di «tendenze giurisprudenziali a ‘spremere’ il massimo di punibilità dalle norme penali», sino alla designazione o all'autodesignazione del giudice quale «legislatore di riserva», DOLCINI, *Leggi penali “ad personam”, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, cit., 52. Inedito genere letterario del «racconto» in SGUBBI, *Il testo della rei gestae expositio del magistrato d'accusa al Capo dell'ufficio (detto anche nella vulgata il Vangelo secondo il Procuratore o Pubblico Ministero)*, in *Crit. dir.*, 2011, 308-311. Per possibili repliche, dal punto di vista dello scienziato politico, PIANA, *Magistrati. Una professione al plurale*, Roma, 2010.



che in tutto il resto dell'universo giuridico», può dal canto suo confinare in un angolo l'interpretazione penalistica, amplificandone le pur innegabili «specificità»<sup>30</sup>; dovendosi poi considerare che l'ermeneutica, «che non prescrive ma descrive, contribuisce a dissolvere ipocrisie e in definitiva dischiude un ruolo più protagonista alla stessa avvocatura»<sup>31</sup>.

Proporrei anche quanto segue: si potrebbe osservare, a favore invece dell'esistenza di una missione dottrinale di scrupolosa critica verso l'operato della giurisprudenza, che, in mancanza di tale rigoroso impegno, nessun'altra componente del sistema penale come “opera collettiva” potrebbe efficacemente adoperarsi nella medesima direzione: non potrebbero i *mass media* – anche questi, bisogna ammetterlo, entrano a comporre il sistema collettivo – perché, “per vocazione”, interessati piuttosto a risaltare le novità e le estensioni giudiziali della tutela, e poco inclini a porre freni<sup>32</sup>; e non potrebbe probabilmente il legislatore, che anzi sembra manifestare una tendenza crescente alla messa nero su bianco di orientamenti affermatasi nel seno della giurisprudenza (affermatasi *contra legem* rimarca per converso, di frequente, la dottrina): si pensi per tutte alla vicenda della corruzione per l'esercizio della funzione (nuovo art. 318 C.p.)<sup>33</sup>; la dottrina sarebbe dunque insostituibile nel compito storicamente assolto dell'apposizione di vincoli alla creatività giurisprudenziale. Merita puntualizzare che approccio dialogante, quello per il quale inclino a schierarmi (a parte anche qui la convenzionalità delle definizioni, e in specie delle autodefinitive), non significa abbandonare al sommo di Rosaspina la potenzialità della dottrina di ricostruire il sistema in termini critici-

---

<sup>30</sup> PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (Diritto Penale)*, cit., 157-161. In particolare, per la convinzione che il progresso del diritto penale dipenda dalla «sua sempre maggiore (per dir così) *sprovincializzazione* e attrazione verso orizzonti normativi e teorici più generali» FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 189-190.

<sup>31</sup> Per queste ultime precisazioni lo stesso Francesco Palazzo, *Relazione su «Il principio di legalità nelle sue diverse articolazioni: tra Costituzione e suggestioni sovranazionali»*, al recente e già citato Convegno «Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche» (Pisa, 8-9/5/2015). Intenso spirito dialogico in RIONDATO, *Plurivocità persuasiva di fonti e formanti del diritto penale*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, cit., 1315-1326.

<sup>32</sup> In argomento *La televisione del crimine*, a cura di Forti, Bertolino, Milano, 2005.

<sup>33</sup> Per altri esempi su consimili “ratifiche” legislative di approdi giurisprudenziali VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, 150, 153, 157, che saluta peraltro con un certo favore tale genere di intervento legislativo, nella misura in cui possa arginare rischi ulteriori di «applicazioni giurisprudenziali particolarmente “estensive” in ragione della tutela di vittime vulnerabili». La «genesì giurisprudenziale delle fattispecie penali», come fenomeno sorprendentemente tipico della *civil law*, è da tempo segnalata, non necessariamente come «aberrante creazione», in CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, II ed., Torino, 2014, 90-107.

ci rispetto all'attività giudiziale<sup>34</sup>; vuol dire però, nella ricerca e nella didattica, coltivare un metodo, uno stile, una propensione alla "analisi logica" meno diffidente verso il *novum* nella giurisprudenza, alla quale va dato atto di a sua volta essere oggi più pronta all'"ascolto" delle riflessioni provenienti dal campo dottrinale<sup>35</sup>.

Le forme del dialogo, ovviamente, possono essere molteplici.

Una di queste è rinvenibile nella valorizzazione del genere letterario della nota a sentenza, da rafforzare a mio giudizio in un duplice modo: mediante una predilezione – già nel contesto di quelle mini-note a sentenza che si "scrivono" a lezione – per la tipologia della nota (dialogica e) parzialmente critica perché commenti totalmente critici e commenti adesivi, per ragioni opposte, risultano di minore interesse e di minore utilità (è chiaro che la sottolineatura vale solo in via orientativa perché non mancano ipotesi in cui la nota radicalmente critica o la nota adesiva sono le uniche correttamente praticabili); e mediante un impegno diretto non solo dei giovani (o dei c.d. giovani) ma, più

---

<sup>34</sup> Preoccupandosi innanzitutto della crisi attraversata dalla funzione nomofilattica che l'art. 65, co. 1, ordinamento giudiziario assegna alla Corte suprema di Cassazione: a riguardo VINCIGUERRA, *Sull'intralco all'amministrazione della giustizia delle interpretazioni discordanti e il suggerimento di qualche rimedio*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2014, 195-208, spec. 200-201, nel contesto di uno scritto di estremo interesse in chiave propositiva.

<sup>35</sup> Rileva una crescente inclinazione giudiziale a recepire i paradigmi della scienza penale PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 40, riferendosi alle materie della causalità e dell'imputazione soggettiva e con il *warning* che gli «aspetti più accademici della dottrina restano al margine, estranei agli interessi della giurisprudenza» (allude anzi a discussioni di teoria generale risultanti «addirittura fastidiose all'interlocutore esterno all'accademia perché si percepisce che raramente ne derivano implicazioni pratiche ai fini dell'applicazione delle norme penali» FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, cit., 195; resta a ogni modo certamente legittimo che la scienza giuridica non scriva esclusivamente per i giudici). Si pensi in particolare, anche se l'esempio per la venatura "ampliativa" potrà non risultare il più riuscito, all'"attenzione", nella «vicenda Eternit», per l'accertamento alternativo improprio, la *unechte Wahlfeststellung* dell'esperienza tedesca: istituto che grande parte della dottrina penalistica italiana guarda tiepidamente, e che la Cassazione ritiene ora di accogliere, nella valenza di strumento di gestione razionale del dubbio sul fatto, grazie al filtro della fondativa monografia di MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Milano, 2007; da ult., si può vedere anche MAGNANI, *Il dubbio è una passerella che trema fra l'errore e la verità. Profili del c.d. accertamento alternativo in riferimento al caso Ilva*, in *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, a cura di Uricchio, Bari, 2014, 293-307. Cfr. Cass., Sez. I, 23 febbraio 2015, X., in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), ove al punto 7.4 si assume che «l'evidenza epidemiologica, verificata, serve e basta per l'affermazione di responsabilità per una determinata quota di decessi, a prescindere dalla individuazione di quali».

diffusamente, degli stessi studiosi più autorevoli<sup>36</sup>.

Altro fecondo strumento può essere quello del trovarsi a discutere in un'aula universitaria su una vicenda giurisprudenziale di attualità. Un magistrato, un avvocato o un accademico introduce la sentenza cui segue dibattito liberamente aperto: è la formula dei «Dialoghi di diritto penale» (poi, felicemente: «Dialoghi di diritto e procedura penale») che ormai da anni si tengono, su impulso di Alessandro Melchionda, nella sede trentina presso cui lavoro. A questi incontri sono invitati anche gli studenti, ai quali sfuggono certamente molte *“technicalities”* richiamate dagli infervorati protagonisti, ma che probabilmente vivono un'occasione per crescere nella loro passione verso il diritto; analoghi seminari si svolgono in altre Università italiane. Già sul piano estrinseco, *dia*-logo unisce certamente più di *dis*-crasia!

Per statuto oppositrici dell'autoreferenzialità e improntate all'interazione con la giurisprudenza sono l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e il, pure esso molto vitale, Laboratorio Permanente di Diritto Penale<sup>37</sup>. Associazione questa seconda che quasi in contemporanea con il nostro incontro bolognese organizza a Reggio Calabria il *workshop* «Sistema penale e tutela delle vittime tra diritto e giustizia»: mettendo al centro un argomento come quello della vittima che è solitamente divisivo nel senso che la giurisprudenza procede non di rado ad “ampliamenti teleologici” di tutela, poi censurati nella letteratura penalistica<sup>38</sup>.

### 3. Esplicitazione e sfoltoimento della precomprensione

Intrecciato ai punti precedenti, e in specie al secondo, mi sembra il tema dello *Vorverständnis*, di cui ci parlano innanzitutto la filosofia e la filosofia del diritto tedesca: le “precomprensioni” individuali che affondano le proprie radici nelle più svariate influenze culturali, nell'esperienza professionale, nella

<sup>36</sup> Ha auspicato tale coinvolgimento immediato Carlo Fiore, nel presiedere la tavola rotonda del Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale dedicato a «*La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*» (Napoli, 7-8/11/2014); PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio ‘fondamentale’*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), 2007, 1328.

<sup>37</sup> Associazioni che sono fonte di «relativa speranza» anche nella riflessione come s'è visto (*supra*, nota 29) per il resto molto preoccupata di MANNA, *La dottrina tra legislazione e giurisprudenza nel sistema penale*, cit., 408.

<sup>38</sup> Di «atavismo general-preventivo che spesso aleggia alle spalle delle politiche penali giudiziarie» scrive MARRA, *La «politica penale giudiziaria» rivisitata nell'era del disincanto penalistico*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Sile*, cit., 301-302. Sul tema della vittima v. ora la ricca indagine monografica di VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, cit., che solo per taluni versi conferma la tradizionale riprensione dottrinale nei confronti della giurisprudenza “estensiva”.

stessa biografia personale. A riguardo, assolutamente salutare mi sembra il monito di un autore che non ha smesso di illuminare la scena penalistica come *Winfried Hassemer*: si tratta in primo luogo di «comprenderle quando ci guidano»; ma anche, con icastica immagine arborea, di «potarle quando crescono oltre misura»<sup>39</sup>. Dobbiamo essere grati già all'Hassemer di «*Tatbestand und Typus*», prima ancora a Gadamer, e a Esser, perché hanno svelato un inevitabile “soggettivismo” (non però incontenibile “intuizionismo”) dell'esperienza giudiziale: «interprete avisato, mezzo salvato!»<sup>40</sup>. Mi chiedo a questo punto quali siano in concreto le forme con cui il duplice impegno della messa a nudo e del disboscamento della precomprensione possa essere realisticamente attuato. Pensiamo a quell'antinomia tra norma giuridica e norma culturale che dà luogo al c.d. reato culturalmente motivato: non è immediatamente ipotizzabile, vista la persistente circospezione della giurisprudenza (italiana) in materia<sup>41</sup>, ma non sarebbe nemmeno auspicabile, che un giudice “schiettamente” dichiarare in sentenza le ragioni di sue eventuali inclinazioni “aperturistiche”: una pronuncia giudiziale non può certo trasformarsi in conferenza sociologica o in sermone politico; nel foro interno, tuttavia, egli non potrà eludere una riflessione su come il riconoscimento o la negazione, in relazione al fatto tipico posto in essere dall'imputato-immigrato, di istituti come esercizio del diritto, imputabilità, errore sul precetto, commisurazione in senso stretto, commisurazione in senso lato, possa decisamente dipendere da aspettative di senso ideologiche e valoriali (*ergo*: la cultura dell'immigrato filtrata attraverso la cultura del giudicante). Dal giudice giurista formato al laureando giurista in fiore pronto a sbocciare: da parte del tesista, libero dai vincoli istituzionali che gravano sul giudice, il relatore – giovandosi

<sup>39</sup> HASSEMER, *Perché punire è necessario* (2009), Bologna, 2012, 177-180.

<sup>40</sup> Efficacemente DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 212. Per un tributo a Gadamer, v. altresì BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell'esperienza giudiziale*, Padova, 2013, 48-54, spec. 50. Più scettico sulla valenza di un «formante extragiuridico» AMARELLI, *Legge penale e giudice: un vecchio rapporto alla ricerca di un nuovo equilibrio*, in *Cass. pen.*, 2014, 410.

<sup>41</sup> Di «idiosincrasia» scriveva anzi, qualche anno fa, GRANDI, *I reati culturalmente motivati nella giurisprudenza italiana: una categoria negletta?*, in *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, a cura di Giolo, Pifferi, Torino, 2009, 179-211, spec. 204, con un interessante vaglio dei fattori alla base di tale atteggiamento; in un contributo di poco successivo, l'a. ha potuto peraltro registrare «orientamenti più flessibili» della giurisprudenza nei riguardi del fattore culturale: ID., *Problemi in materia di errore scusabile nell'esercizio abusivo di professione medica. In margine a Cass., Sez. VI, n. 43646 del 2011*, in *St. iur.*, 2012, 961-970, spec. 964-965 e *ivi* richiami alle monografie in argomento di Basile, Bernardi, de Maglie, Parisi, Pastore e Lanza cui *adde* da ult. CASSANI, *Tutela penale della famiglia. Rapporti con il multiculturalismo*, Roma, 2013.

di un “legame emotivo” con lo studente<sup>42</sup> – potrebbe forse spingersi a incentivare più di quanto già non avvenga (non solo una franca riflessione “interna” ma) una esplicitazione delle proprie opzioni di partenza, riservando una congrua attenzione, in una parte iniziale dell’elaborato, alle premesse “filosofiche” del proprio discorso. Del resto, sarebbe *naïf* negare che diversi saranno taluni esiti ermeneutici e tecnici nelle trattazioni sull’armonizzazione europea, sulla fecondazione eterologa o sul diritto penale di lotta<sup>43</sup> (non richiamo qui il diritto penale del nemico perché in proposito il “respingimento” non può che essere unanime<sup>44</sup>) a seconda che, rispettivamente, si inclini per una visione più o meno europeista, più progressista o più conservatrice, più o meno securitaria. Se avvezziamo le nuove leve alla trasparenza e allo sfoltoimento della pre-comprensione, possiamo sperare di avere un giorno giudici certamente non più illusi dall’idealtipo della bocca della legge<sup>45</sup> ma nemmeno surrettiziamente “creatori” *contra legem* e *contra societatem* (irragionevolmente in anticipo, cioè, rispetto al consolidamento *hic et nunc* di dati valori nel contesto sociale: diritto penale *non facit saltus!*)<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> Sull’«incuria dell’emotività» come «grande rischio» che accomuna discente e docente, v. le importanti riflessioni di MOCCIA, *Impressioni rapsodiche suscitate da un (capo)lavoro di Massimo Nobili* (Massimo Nobili, *L’immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, il Mulino, Bologna, 2009), in *Crit. dir.*, 2012, 140.

<sup>43</sup> Sulla distinzione lotta/nemicosità DONINI, *Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico*, in *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2007, 131-178.

<sup>44</sup> Cfr. per tutti, ora, nella veste di lezioni, PADOVANI, *Diritto penale del nemico*, Pisa, 2014.

<sup>45</sup> Le pagine del marchese Beccaria sull’«azzeramento dell’interpretazione» appaiono oggi «bellissime e ingenue»: così PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., 34.

<sup>46</sup> Con specifico riferimento alla giurisprudenza costituzionale, cfr. VASSALLI, *Sensibilità storica e Corte Costituzionale*, in *Ritorno al diritto. I valori della convivenza*, gennaio-giugno 2006, 41, evidenziando come «in un eccesso di sensibilità storica si annidino pericoli per la apoliticità della Corte e dei suoi giudizi, al punto che – in certe ipotesi – proprio la “sensibilità storica” potrebbe indurla ad approvare indirizzi o disposizioni di legge ordinaria che, pur conformi ad esigenze sentite, si rivelino non conformi alla Costituzione e tendano così a scavalcarla».