

ADELMO MANNA

LA DOTTRINA TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA  
NEL SISTEMA PENALE

SOMMARIO: 1. L'opportunità di affrontare la problematica in prospettiva storica: i rapporti tra dottrina e giurisprudenza nella Scuola classica e nella Scuola positiva. – 2. Il tecnicismo giuridico di Arturo Rocco nella prolusione sassarese del 1910. – 3. Il diritto penale dopo il secondo conflitto mondiale e il rivolgersi della dottrina sino agli anni '70 del '90 soprattutto al legislatore, con chiara "dipendenza" nei confronti della penalistica tedesca. – 4. Il coevo atteggiamento della giurisprudenza, che in particolare dal fenomeno dei c.d. pretori d'assalto, muta fisionomia, nel senso di una presa di coscienza che la decisione giudiziaria incide direttamente sul contesto sociale. – 5. Negli anni '90 la scoperta delle "discrasie" tra dottrina e giurisprudenza, ove ancora la dottrina cerca di "dettare le regole" alla giurisprudenza. – 6. L'evoluzione del c.d. diritto vivente e la sua legittimazione teorica da parte di alcuni settori della dottrina e il rapporto di tensione con il principio di stretta legalità. – 7. L'emancipazione da parte della dottrina della dipendenza dalla cultura germanica, che, seppure non con la stessa intensità e per un più breve periodo, viene sostituita dall'apertura alla letteratura anglosassone. – 8. Il primato, nel diritto penale *post* moderno, del diritto vivente rispetto al diritto scritto, tanto è vero che la stessa letteratura penalistica di più recente conio costruisce i suoi interventi sovente partendo dai casi giurisprudenziali più importanti magari inseriti in un contesto normativo europeo od internazionale. – 9. Conseguente "squilibrio" fra i poteri dello Stato e tentativi di porvi rimedio, come spia di un "disagio" nei rapporti anche fra dottrina e giurisprudenza. – 10. La mancata ricodificazione del diritto penale sostanziale come ulteriore elemento di "crisi", in quanto mancanza di progettualità a lungo termine della dottrina. – 11. Conclusioni circa la legislazione sempre più di carattere contingente, la dottrina che non riesce più a ordire un sistema giuridico congruo e la giurisprudenza che rischia di sostituirsi alla stessa dottrina talvolta anche in quest'ultimo compito.

1. *L'opportunità di affrontare la problematica in prospettiva storica:  
i rapporti tra dottrina e giurisprudenza nella Scuola classica  
e nella Scuola positiva*

Per analizzare il ruolo svolto dalla dottrina nella formazione e nella legittimazione del diritto penale, crediamo sia necessario affrontare la problematica in prospettiva storica, perché solo in tal modo possiamo renderci conto delle evoluzioni e/o involuzioni che ha subito la dottrina, non solo in rapporto alla giurisprudenza, ma anche in relazione al legislatore. Va da sé, naturalmente, che la nostra prospettiva s'incanalerà soprattutto nell'ambito dei rapporti tra dottrina e giurisprudenza,

che poi son quelli che dovrebbero maggiormente interessare il giurista positivo contemporaneo, ma, proprio per questo, la prospettiva storica la riteniamo più adatta – anche se, ovviamente, ciò non potrà non avvenire che in forma davvero sintetica – soprattutto per fare emergere i rapporti tra diritto scritto e diritto vivente.

Inizieremo la nostra analisi con riguardo al diritto penale moderno, che, come noto, può essere collocato a partire dalla Rivoluzione francese e quindi dal principio di separazione dei poteri. In particolare, analizzeremo in primo luogo, sotto l'angolo visuale dei rapporti tra dottrina, giurisprudenza ed anche legislatore, le caratteristiche principali della Scuola classica, che si caratterizza per il *Programma* di Francesco Carrara<sup>1</sup>.

E' ben noto, a questo proposito, come lo stesso *Programma* prescindendo da un'esegesi di un singolo diritto penale positivo, probabilmente anche perché sino al 1860 esistevano i codici penali c.d. pre-unitari, per cui era difficile soffermarsi su di una singola opera di codificazione. Ecco quindi perché nel *Programma* non si esamina un singolo diritto positivo, ma, in una prospettiva essenzialmente giusnaturalista, ci si preoccupa principalmente di un diritto penale in senso teorico-astratto, cioè a dire di un diritto penale "come dovrebbe essere".

È evidente in questo modo che la dottrina non può che "fare da battistrada", sotto questo profilo, ai singoli legislatori pre-unitari, prima, ed al legislatore nazionale, poi, nonché influire, per quanto riguarda la risoluzione, in particolare, di problemi dogmatici, sulla giurisprudenza, per cui ci sembra di poter osservare come a quell'epoca non possa che assistersi ad un primato della dottrina, pur se appare sotto certi profili condivisibile l'addebito che successivamente Arturo Rocco farà alla stessa Scuola classica, ovverosia di costituire "un diritto penale senza diritto positivo"<sup>2</sup>.

Il discorso non muta, nell'ambito prospettico che abbiamo privilegiato, quando si passa dalla Scuola classica alla Scuola positiva, affermatasi, com'è noto, nel secondo Ottocento, ove si è passati dallo studio del reato come ente giuridico e dalla giustificazione della pena con riferimento sia al libero arbitrio che, conseguentemente, al principio di retribuzione, al c.d. uomo delinquente ed alle cause antropologiche, psicologiche e sociali che hanno dato luogo al reato.

Il reato, in questa prospettiva, diventa quindi un sintomo della personalità antisociale del delinquente, per cui si assiste al passaggio dell'asse portante del diritto penale, appunto, dallo studio del reato a quello del c.d. uomo delinquente, tanto è

<sup>1</sup> CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, Bologna, 1993 (rist. della 6ª ediz. del 1886); sui rapporti fra Scuola classica e Scuola positiva, nella manualistica, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, 2ª ediz., Padova, 2012, 5 ss.

<sup>2</sup> Ciò avviene nella celeberrima prolusione sassarese del 1910, di cui ci occuperemo successivamente *ex professo*. Per l'intanto, in argomento, cfr. PADOVANI, *Lezione introduttiva sul metodo nella scienza del diritto penale*, in *questa Rivista*, 2010, 227 ss.

vero che in tal modo è anche titolata la famosa opera di uno dei più importanti *alfieri* della Scuola positiva, ovverosia Cesare Lombroso<sup>3</sup>. Nell'ambito di quest'ultima prospettiva si mosse anche il famoso Progetto Ferri del 1921<sup>4</sup>, che tuttavia non fu trasfuso in legge anche per il precipitare degli eventi politici con la c.d. marcia su Roma dei fascisti soltanto un anno dopo e, quindi, con la progressiva dissoluzione del vecchio regime liberale, sostituito dall'avvento del nuovo regime.

Quanto alla prospettiva che qui in particolare interessa, ovverosia i rapporti fra dottrina, giurisprudenza e potere legislativo, possiamo osservare come, anche in rapporto alla Scuola positiva, sia possibile riscontrare un primato della dottrina nel senso che, anzi, la Scuola positiva sarà l'ultima dottrina penalistica italiana che si porrà allo stesso livello delle dottrine penalistiche straniere, prova ne sia come un grande giurista tedesco, Franz von Liszt, era anch'esso seguace delle teorie positivistiche. Tuttavia, sempre per riprendere il pensiero di Arturo Rocco, anche la Scuola positiva si mostrava, in definitiva, ben poco attenta al diritto positivo, tanto è vero che nella già citata prolusione sassarese Rocco stesso definisce la Scuola positiva, non del tutto a torto, come "un diritto penale senza diritto"<sup>5</sup>.

## 2. *Il tecnicismo giuridico di Arturo Rocco nella prolusione sassarese del 1910*

Sul contrasto tra la Scuola classica e la Scuola positiva sorge, notoriamente, la c.d. Terza Scuola, ovverosia la Scuola tecnico-giuridica, di cui principali *alfieri* sono, oltre ad Arturo Rocco, anche Vincenzo Manzini ed Eduardo Massari, che infatti hanno contribuito in via principale alla redazione del codice penale del 1930, tuttora in vigore, seppur ampiamente rimaneggiato.

Le caratteristiche della Scuola tecnico-giuridica sono, per l'appunto, compendiate nella già citata prolusione sassarese<sup>6</sup>.

Cardine della Scuola tecnico-giuridica è, notoriamente, un netto privilegiare del diritto positivo a scapito sia delle c.d. astrazioni filosofiche, che di uno scientismo alla Ardigò, tanto che le scienze affini al diritto penale, cioè l'antropologia, la psicologia, la sociologia, etc., vengono declassate a c.d. scienze ausiliari. Da qui la triplice distinzione che opera il Rocco tra dogmatica, esegesi e critica del diritto

<sup>3</sup> LOMBROSO, *L'uomo delinquente, in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*, 5<sup>a</sup> ediz., Torino, 1896.

<sup>4</sup> In argomento, con particolare riguardo al sistema sanzionatorio, ci permettiamo di rinviare di nuovo a MANNA, *Le sanzioni penali nel Progetto Ferri*, in *Dir. pen. XXI sec.*, 2011, 279 ss.

<sup>5</sup> Cfr., a questo proposito, PADOVANI, *op. cit.*, 233.

<sup>6</sup> ROCCO ARTURO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, 497 ss.

penale, che costituiscono i tre pilastri su cui si fonda la fedeltà “ideologica” dell’interprete al diritto positivo<sup>7</sup>.

In tale prospettiva, l’esegesi costituisce la base per l’interprete e si riferisce essenzialmente all’attività interpretativa del testo normativo, mentre la dogmatica comporta la costruzione del sistema giuridico, soprattutto attraverso quella che oggi definiremmo, appunto, un’interpretazione di carattere sistematico. È lasciata volutamente per ultima la critica del diritto penale proprio perché, in definitiva, costituisce un compito del tutto secondario per il giurista, se non addirittura a lui estraneo, nel senso che sicuramente nella dimensione della Scuola tecnico-giuridica la dogmatica viene decisamente separata dalla politica criminale, in quanto solo la prima appartiene *pleno iure* al giurista, mentre l’altra riguarda essenzialmente la sfera del politico<sup>8</sup>.

In questa prospettiva non v’è dubbio che se al centro del compito dell’interprete stia, per l’appunto, la “fedeltà” ideologica al diritto positivo, ne consegue, seppure con prospettive tutt’affatto diverse rispetto a quelle tipiche della Scuola classica e della Scuola positiva, a maggior ragione un primato della dottrina, che, come si suol dire, soprattutto in un regime autoritario, *detta le regole del gioco*, alle quali non può non soggiacere l’operatore del diritto, in particolare la giurisprudenza che, infatti, tranne qualche sporadica eccezione, si allinea “obbediente” al *novus ordo*.

### 3. *Il diritto penale dopo il secondo conflitto mondiale e il rivolgersi della dottrina sino agli anni '70 del '900 soprattutto al legislatore, con chiara “dipendenza” nei confronti della penalistica tedesca*

Dopo il secondo conflitto mondiale, anche il diritto penale – come d’altro canto era nelle aspettative, a causa del cambiamento di regime, da autoritario e, dopo le leggi razziali del ’38, totalitario, a democratico – cambia progressivamente volto e, soprattutto, lentamente si emancipa dal tecnicismo giuridico, sia attraverso l’approccio realistico antoliseiano, che mediante l’orientamento ai valori bettioliano<sup>9</sup>.

Il punto di svolta si ha però, com’è noto, negli anni Settanta del Novecento, soprattutto per opera di un grande penalista prematuramente scomparso, del calibro di

<sup>7</sup> In tale ultimo senso cfr. DONINI, *Tecnicismo giuridico e scienza cent’anni dopo. La prolusione di Arturo Roco (1910) nell’età dell’europeismo giudiziario*, in *questa Rivista*, 2010, 127 ss. e, quivi, 129.

<sup>8</sup> Così anche, nella letteratura penalistica tedesca, ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. della 4ª ediz. tedesca a cura di BARATTA, Milano, 1970.

<sup>9</sup> Per tali notizie storiche, nella manualistica, sia di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *Corso*, *cit.*, 13 ss., cui pertanto si rinvia anche per gli opportuni approfondimenti bibliografici.

Franco Bricola, che, in particolare con un'opera rimasta fondamentale anche in seguito<sup>10</sup>, intende orientare il diritto penale alla tutela di beni costituzionali, sia espliciti, sia anche impliciti, in tal modo in primo luogo rivolgendosi al legislatore, perché costruisca un diritto penale attento ai valori democratici espressi nella Costituzione.

Più in generale, la dottrina di quel periodo non solo possiede come principale interlocutore il legislatore, e ciò si spiega proprio a causa del tentativo di sistematizzazione portato avanti dalla dottrina, nell'auspicio, rimasto sinora per buona parte irrealizzato, di sostituire al codice penale del '30 un codice penale di stampo democratico, ma mostra anche una ulteriore caratteristica, che qui di seguito sintetizzeremo.

Si privilegiano, infatti, in quella tornata di tempo, i rapporti tra la dogmatica penalistica italiana e quella tedesca, ma non nel senso, come era avvenuto da ultimo in epoca positivista, nell'ottica di un rapporto paritario, ma, questa volta, purtroppo, in una relazione di dipendenza rispetto alla, ritenuta più avanzata, dogmatica penalistica d'oltralpe.

La dottrina penalistica italiana, infatti, attraverso anche la fruizione di una serie di borse di studio e, quindi, di lunghi soggiorni in terra germanica, inevitabilmente assorbe l'*humus* penalistico tedesco e ciò è dimostrabile anche in alcuni settori nevralgici del diritto penale.

Il primo di essi riguarda indubbiamente la teoria finalistica dell'azione di Hans Welzel, che infatti ha influenzato notevolmente la c.d. Scuola napoletana ed in particolare fra tutti il suo *alfiere* agli inizi degli anni Sessanta, cioè a dire Dario Santamaria<sup>11</sup>. Per le ragioni già indicate, che soprattutto attengono alla caratteristica, si potrebbe dire quasi "ontologica", del diritto penale italiano, ovverosia quella di essere rigorosamente ancorato al fatto di reato, ha fatto sì che la "stagione d'oro" dei finalisti napoletani durasse all'incirca per tutti gli anni Sessanta, per poi perdere progressivamente valore nel panorama penalistico italiano.

A nostro giudizio, risulta però anche debitore del finalismo un penalista del calibro del recentemente scomparso Giorgio Marinucci, nella misura in cui, agli inizi

<sup>10</sup> BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973, 7 ss.

<sup>11</sup> Cfr. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1951, 1 ss.; SANTAMARIA, *Prospettive del concetto finalistico dell'azione*, Napoli, 1955; tale teoria, che ha avuto sicuramente il pregio, come constateremo in seguito, di contribuire all'introduzione della c.d. costruzione separata dei tipi di reato, possiede tuttavia il limite di spostare l'asse del diritto penale dal fatto all'autore, con pericolose derive, soprattutto nella prospettiva abbracciata dal c.d. finalismo estremo à la Zielinski: così, con ragione, di recente, FIANDACA, *Riflessioni intorno ad alcuni punti problematici della teoria finalistica dell'azione*, in MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli, 2007, 237 ss. e, *quivi*, 246 ss.

degli anni Settanta, introduce anche nel sistema penale italiano la c.d. costruzione separata dei tipi di reato<sup>12</sup>.

L'influenza della dottrina penalistica tedesca non si limita però agli aspetti sinora evidenziati, ma, ad esempio, riguarda anche la teoria della *conditio sine qua non*, rimodellata, attraverso la c.d. sussunzione sotto leggi scientifiche, per merito di un altro grande penalista come Federico Stella<sup>13</sup>, che però è sicuramente e per buona parte debitore sul punto del pensiero di Engisch<sup>14</sup>.

D'altro canto, lo stesso "caposcuola" del diritto penale moderno, cioè Delitala<sup>15</sup>, nella sua opera fondamentale sul fatto di reato, risulta anch'egli influenzato da un'opera sotto taluni profili simile, di Beling<sup>16</sup>.

In tal modo, la dottrina penalistica italiana ha anche implicitamente cambiato volto, perché, mentre nell'Ottocento, in particolare per opera della Scuola positiva, poteva permettersi di dialogare da pari a pari con gli stessi giuristi d'oltralpe, tanto è vero che, ad esempio, il codice penale turco dell'epoca costituiva una riproduzione pressoché fedele del codice penale italiano del 1889, l'ultimo codice penale varato in Turchia di recente risulta, al contrario, fortemente debitore del codice penale tedesco.

Ciò significa che la dottrina penalistica italiana, in particolare a partire dal secondo dopoguerra, si è caratterizzata non più per una c.d. "cultura di esportazione", ma, al contrario, per una "cultura di importazione", senza, peraltro, con ciò sminuire le originalità comunque presenti nella penalistica italiana.

La dimostrazione forse più eclatante di quanto abbiamo testé osservato è costituita proprio dal nuovo codice di procedura penale del 1988, c.d. Pisapia-Vassalli, ove il passaggio, non certo indolore, dal modello inquisitorio ad uno solo "tendenzialmente" accusatorio, fa emergere chiaramente l'influenza nordamericana sul legislatore italiano, tanto è vero che successivi, diversi, interventi della Corte costituzionale prima e del legislatore poi, ne hanno profondamente alterato il volto proprio perché, come giustamente affermato da un grande processualpenalista, del calibro di Massimo Nobili, la cultura penalistica italiana ha mostrato di avere ancora «l'accusatorio nelle labbra, l'inquisitorio nel cuore»<sup>17</sup>.

Tornando, tuttavia, all'influenza sulla dottrina penalistica italiana di carattere sostanzialistico, della dottrina tedesca, possiamo idealmente tracciare una linea temporale oltre la quale la dottrina penalistica italiana mostra di emanciparsi da

<sup>12</sup> MARINUCCI, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971.

<sup>13</sup> STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975; nonché già ID., *La nozione penalmente rilevante di causa*, Milano, 1970.

<sup>14</sup> ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931.

<sup>15</sup> DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Milano, 1930.

<sup>16</sup> BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.

<sup>17</sup> NOBILI, *L'accusatorio nelle labbra, l'inquisitorio nel cuore*, in *Crit. dir.*, 1992, 11 ss.

quella d'oltralpe e, semmai, avvicinarsi maggiormente, come costateremo meglio in seguito, a quella anglosassone.

Intendiamo riferirci al ben noto saggio di Marinucci<sup>18</sup>, che negava valore all'imputazione oggettiva come teoria causale, perché ritenuta giustamente una sovrapposizione rispetto alla teoria della colpa.

4. *Il coevo atteggiamento della giurisprudenza, che in particolare dal fenomeno dei c.d. pretori d'assalto, muta fisionomia, nel senso di una presa di coscienza che la decisione giudiziaria incide direttamente sul contesto sociale*

Nel frattempo, la giurisprudenza progressivamente muta il suo atteggiamento non solo nei confronti della dottrina, ma, soprattutto, nei riguardi del potere politico, innestando un processo di mutazione, si potrebbe aggiungere quasi "genetica" della stessa figura del giudice penale, in rapporto alla società.

A questo proposito, tappe fondamentali, almeno a nostro avviso, di tale mutazione sono costituite in primo luogo dalla nascita, nel 1964, della corrente della magistratura denominata "Magistratura Democratica", che è successiva solo di qualche anno di un'altra tappa fondamentale, ovverosia l'ingresso delle donne in magistratura, avvenuta, infatti, nonostante la resistenza avanzata, in particolare, da una parte considerevole dei giudici della Suprema Corte di Cassazione, proprio ai primi degli anni Sessanta.

A ciò va aggiunta la famosa "Legge Breganze", del 25 luglio 1966, n. 570, che anch'essa ha contribuito quanto meno ad eliminare la struttura verticistica che regnava sino ad allora nella magistratura, in quanto per la progressione in carriera era necessario il vaglio dei giudici superiori rispetto agli inferiori, con riferimento al merito delle sentenze di questi ultimi.

Certo, il criterio che si sostituì a quello precedente fu anch'esso oggetto di aspre critiche, in quanto di carattere puramente temporale, nel senso che possiede valore preponderante l'anzianità di servizio, con la verifica di casi giustamente criticati, quale, in particolare, quello famoso relativo alla nomina di Capo dei Giudici istruttori di Palermo, ove al Consigliere Giovanni Falcone fu preferito, per ragioni essenzialmente di maggiore anzianità, il Consigliere Giammanco. Tutte queste circostanze, sia positive, che in parte anche negative, contribuirono comunque a cambiare il volto del magistrato, soprattutto penale, nel senso che lo stesso, non più abituato a chiudersi nella c.d. *turris eburnea*, inizia a rendersi conto che il suo ope-

<sup>18</sup> MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte dell'"imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 7 ss.

rato incide notevolmente non solo a livello tecnico giuridico, ma, soprattutto, sul contesto sociale.

Da qui il fenomeno dei c.d. “Pretori d’assalto”, di cui senz’altro uno dei principali esponenti è stato Mario Almerighi, quando, nel 1974, condusse in porto il famoso processo dello “scandalo dei petroli” a Genova, ove erano implicate diverse società petrolifere che avevano pagato tangenti a diversi uomini politici dell’epoca<sup>19</sup>.

Il compito, quindi, del magistrato cambiò sensibilmente e, soprattutto, cambiò il modo di intendere, da parte di quest’ultimo, i suoi rapporti con la politica e con la società, ma anche con lo stesso diritto penale, tanto è vero che l’originaria impostazione di Magistratura Democratica era essenzialmente di carattere garantista, in quanto il suo principale *leader*, cioè il Consigliere Marco Ramat, si proponeva anch’egli il superamento del codice Rocco e, comunque, della legislazione penale sorta durante il fascismo, compreso, beninteso, il famigerato TULPS del 1931, per progettare una legislazione penale di stampo, viceversa, democratico.

Sotto questo profilo possiamo, anzi, constatare interessanti profili di raccordo fra la dottrina più progressista a quei tempi – ovverosia quella legata alla rivista *La Questione criminale*, diretta, da un punto di vista del diritto penale, da Franco Bricola e, da un punto di vista della sociologia del diritto, da Alessandro Baratta – e la magistratura, altrettanto progressista, anch’essa riunita attorno alla rivista di MD, cioè *Questione giustizia*.

Nonostante tali analogie, a livello, in particolare, politico-criminale – peraltro non prive di contrasti interni, come dimostrano quelli sorti tra il versante giuridico e quello sociologico, che condussero alla fine de *La Questione criminale*, poi recuperata, ma sul versante prevalentemente criminologico, con *Dei delitti e delle pene* – le strade imboccate da dottrina e da giurisprudenza in quegli anni si divisero, però, soprattutto a livello di metodo interpretativo.

La dottrina, infatti, e così anche, beninteso, il mondo dell’avvocatura, privilegiarono un’interpretazione garantista a favore dell’imputato e quindi un’interpretazione *stricta* della norma penale, mentre la giurisprudenza, nel tentativo di proteggere i soggetti ritenuti più bisognevoli di protezione, cioè le vittime, diede ben maggiore importanza all’interpretazione di carattere teleologico, ovverosia orientata alla tutela del bene giuridico, mettendosi però così in linea di collisione con lo stesso principio di stretta legalità<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> ALMERIGHI, *Petrolio e politica. Il padre di tutti gli scandali accertato dal magistrato che lo scoprì*, Roma, 2006.

<sup>20</sup> Nella manualistica, in particolare, per un esame approfondito delle nuove correnti in materia ermeneutica ed in particolare sull’atteggiamento della giurisprudenza e sui connessi limiti di ammissibilità di un’interpretazione estensiva in diritto penale, che sovente maschera

5. Negli anni '90 la scoperta delle "discrasie" tra dottrina e giurisprudenza,  
ove ancora la dottrina cerca di "dettare le regole" alla giurisprudenza

Questa divaricazione tra dottrina e giurisprudenza non poteva evidentemente restare priva di conseguenze e, soprattutto, non poteva non comportare una riflessione in particolare da parte della dottrina sul ruolo o meno ancora di "guida" nei confronti della giurisprudenza medesima.

In argomento va, infatti, segnalato un importante Convegno organizzato dall'Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali di Siracusa agli inizi degli anni Novanta dello scorso secolo, ove proprio ci s'interrogò, in particolare da parte della dottrina, che, anzi, era pressoché dominante fra i relatori e gli intervenitori, sui contrasti insorti tra quest'ultima e la giurisprudenza<sup>21</sup>.

Nell'ambito del Convegno emersero sostanzialmente due tipi di approcci a questa delicata problematica, nel cui ambito vi era chi si mostrava sostanzialmente più aperturista nei confronti della giurisprudenza, perché ne comprendeva più approfonditamente le spinte a livello interpretativo e le correlative finalità<sup>22</sup> e chi, invece, si preoccupava soprattutto dei rapporti tra interpretazione estensiva ed analogia<sup>23</sup>, ma in una prospettiva in cui ancora la dottrina mostrava una, invero ormai illusoria, "supremazia", che invece gli eventi politici, legati soprattutto all'allora emergenza terroristica, avevano ormai messo praticamente in crisi, proprio perché lo stesso potere politico, prima per combattere il terrorismo e, successivamente, per combattere un'altra "perenne emergenza"<sup>24</sup>, cioè a dire la criminalità organizzata, aveva sostanzialmente *delegato* alla magistratura il controllo di tali fenomeni criminali, firmando quasi a quest'ultima una sorta di "cambiale in bianco".

Ne consegue, evidentemente, che in tal modo l'influenza della magistratura è decisamente cresciuta, sino, almeno a nostro avviso, a trasformarsi da "ordine giudiziario", come recita la Costituzione, ad una sorta di ulteriore "potere" dello Stato, ove, 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*, in quanto 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 in-

un'interpretazione analogica, FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, 5ª ediz., Bologna, 2007, 122 ss. e spec. 124 ss., con la bibliografia ivi citata.

<sup>21</sup> STILE (a cura di), *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991.

<sup>22</sup> Così, in particolare, FIANDACA, *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in STILE (a cura di), *op. cit.*, 61 ss.

<sup>23</sup> CONTENTO, *Interpretazione estensiva e analogia*, in STILE (a cura di), *op. cit.*, 3 ss.

<sup>24</sup> MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997.

debolimento 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.

In questa prospettiva, quindi, la pretesa, da parte della dottrina, di “dettare ancora le regole” alla giurisprudenza non si è potuta che rivelare, purtroppo, una mera utopia.

6. *L’evoluzione del c.d. diritto vivente e la sua legittimazione teorica da parte di alcuni settori della dottrina e il rapporto di tensione con il principio di stretta legalità*

Date le premesse che abbiamo evidenziato sinora, bisogna verificare come la giurisprudenza si sia evoluta, nel senso di creare un vero e proprio autonomo “diritto vivente”, sovente distinto dal c.d. “diritto scritto”, per cui è evidente che l’eventuale contrasto fra *law in the books* e *law in action* si gioca soprattutto nell’ambito del diritto penale, con riguardo alla tenuta del principio di stretta legalità.

Premesso che, come già in precedenza osservato, la giurisprudenza tende ormai da tempo ad una interpretazione di carattere teleologico, quindi orientata in genere a favore della vittima, e privilegia pertanto un’interpretazione quanto più possibile estensiva della norma penale, sino, talvolta, a superarne addirittura i confini, ma “mascherando” la avvenuta analogia in *malam partem* per una sorta, viceversa, di interpretazione *estensiva*, dobbiamo ora cercare di individuare il sistema attraverso il quale la giurisprudenza giunge a tale tipo di risultato.

È merito soprattutto del Donini aver dimostrato, in un pregevole scritto<sup>25</sup>, come il metodo utilizzato dalla giurisprudenza per tentare di superare la *littera legis* della norma penale risiede, in particolare, in una scomposizione della fattispecie in una pluralità di “sottofattispecie”, ove il confronto fra fatto in concreto e, per l’appunto, la “sottofattispecie” presa in considerazione, in cui si intende far rientrare il fatto in oggetto, consentirebbe alla giurisprudenza di creare quel c.d. “diritto vivente”, che sovente supera il “diritto scritto” e, quindi, si mette in linea di collisione con il principio di stretta legalità.

Va da sé, naturalmente, che ciò è possibile attraverso, in particolare, la distinzione tra disposizione e norma ed inoltre quanto sopra avviene soprattutto nei c.d. “casi difficili”, ove non a caso la giurisprudenza stessa fa passare per interpretazione estensiva ciò che, in realtà, costituisce una vera e propria analogia *in malam partem*.

Sotto questo profilo, ciò che ha sicuramente complicato ulteriormente i rapporti non solo tra dottrina e giurisprudenza, ma anche fra giurisprudenza e foro, nonché

<sup>25</sup> DONINI, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in ID., *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, 63 ss.

tra la stessa ed il potere politico, è quell'importante tentativo, effettuato da autorevole dottrina, volto a chiarire ulteriormente il metodo utilizzato dalla giurisprudenza medesima, che però, in definitiva, ha anche finito per "legittimarlo". Intendiamo riferirci a quella ben nota tendenza della dottrina, che in primo luogo ha riconosciuto la sussistenza della c.d. precomprensione<sup>26</sup>, nel senso che il giudice inevitabilmente nella sua opera antepone la sua "visione del mondo" e, quindi, non può più dirsi, "bocca della legge", di montesqueiana memoria, ma soprattutto che l'interpretazione giudiziale è frutto del c.d. *tertium comparationis*. Ciò significa che il giudice, nell'opera fondamentale di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, deve inevitabilmente ricorrere ai precedenti giurisprudenziali, che costituiscono, per l'appunto, il c.d. *tertium comparationis*, da cui ne consegue che l'interpretazione giurisprudenziale è di natura sostanzialmente analogica, per cui non sussisterebbe più alcuna differenza tra interpretazione estensiva ed analogia<sup>27</sup>.

Questa particolare corrente dottrinarica, tendente a dare risalto al diritto vivente anche nel diritto penale, è stata tuttavia severamente criticata da altrettanto qualificati settori della dottrina, che hanno messo in guardia dai rischi che in tal modo ha corso anche in un recente, tragico passato, lo stesso principio di stretta legalità<sup>28</sup>.

Se, sotto questo profilo, potrebbero ormai apparire di assai problematica realizzazione nella prassi le istanze, sia normative – perché fatte proprie, ad esempio, dal recente nuovo codice penale francese – che dottrinarie, volte, cioè, a privilegiare, nel diritto penale, una interpretazione *stricta*, quindi con divieto anche di interpretazione estensiva<sup>29</sup>, perché è ben possibile prevedere una reazione della giurispru-

<sup>26</sup> ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983 (or. 1972, 2ª ediz.).

<sup>27</sup> FIANDACA, *Il diritto penale fra legge e giudice*, Padova, 2002, in particolare il saggio ID., *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *ibid.*, 33 ss.; ID., *Rocco: è plausibile una despecializzazione della scienza penalistica?*, in *questa Rivista*, 2010, 179 ss.; ID., *La riforma penale nei Paesi dell'ex blocco sovietico. Introduzione*, in ALAGNA, RIONDATO (a cura di), *Studi sulla riforma penale post-socialista*, Padova, 2013, 15 ss., ove, a pag. 18, egli afferma con decisione: «Non dovrebbe sfuggire che l'attuale modo di atteggiarsi della dialettica fra legislatore e giudice, caratterizzata da un crescente ruolo protagonista e "creativo" della giurisdizione anche per effetto del processo di costruzione europea in fieri, contribuisce inevitabilmente a ridimensionare il tradizionale ruolo del codice quale strumento normativo che dovrebbe garantire il netto primato della norma scritta di fonte legislativa, insieme con la certezza e la stabilità del diritto. Se fosse consentito azzardare una tesi che qui non è possibile motivare adeguatamente, diremmo che la nostra non è più l'età della codificazione, ma è l'"età del giudice"!».

<sup>28</sup> Così, in particolare, MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1254 ss.; nonché, su analoga falsariga, successivamente, RAMPIONI, *Dalla parte degli ingenui*, Padova, 2008; più di recente, ID., *Il reato quale illecito di modalità e di lesioni tipiche: l'impraticabilità di un "equivalente funzionale" al principio di riserva di legge*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 573 ss.

<sup>29</sup> Così ad esempio, nella dottrina penalistica italiana, in particolare, MUSCO, *L'illusione penalistica*, Milano, 2004.

denza, che continuerebbe a scambiare per interpretazione fedele alla *littera legis* quella che invece tende a superarla, per altro verso non persuadono i tentativi di distinguere tra analogia consentita e analogia vietata<sup>30</sup>.

In particolare, la tesi che sostiene che si tratterebbe di analogia consentita quella che opera all'interno della *littera legis*, mentre sarebbe vietata quella che va oltre quest'ultima, dà, almeno a nostro avviso, per già risolto un problema che invece risolto non può ancora dirsi, soprattutto perché si utilizza un criterio puramente di carattere *empirico-descrittivo*, come tale certamente non sufficiente a fornire una spiegazione valida e convincente alla distinzione di partenza<sup>31</sup>.

Resta, pertanto, almeno a nostro avviso, allo stato, irrisolto il problema dell'interpretazione giudiziale di carattere sostanzialmente analogico e del rapporto di tensione con il principio di stretta legalità.

### 7. *L'emancipazione da parte della dottrina della dipendenza dalla cultura germanica, che, seppure non con la stessa intensità e per un più breve periodo, viene sostituita dall'apertura alla letteratura anglosassone*

Per quanto riguarda, invece, la dottrina, abbiamo già ricordato l'emancipazione, seppure, ovviamente, non completa, della dottrina italiana rispetto alla letteratura tedesca, avvenuta già dai primi degli anni Novanta dello scorso secolo. È opportuno a questo punto verificare quali possano evidenziarsi come percorsi del diritto penale c.d. *post-moderno*, sia in rapporto ai profili di carattere più strettamente comparatistico, sia di nuovo a proposito del c.d. "diritto vivente". Dal primo punto di vista, possiamo assistere, proprio dai primi anni Novanta del Novecento, ad un progressivo interessamento della penalistica italiana verso quella anglosassone e, in particolare, quella nordamericana, che, peraltro, era stata abbondantemente approfondita, proprio sul tema che qui prevalentemente ci occupa, da un'importante monografia del Cadoppi<sup>32</sup>.

A questo importante volume va aggiunta un'assai rilevante corrente dottrinarina, capeggiata dal compianto Federico Stella e proseguita, in particolare, dai suoi allievi, o, comunque, da penalisti a lui vicini, che, infatti, hanno mostrato una netta

<sup>30</sup> Così, in particolare DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006; ID., *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *questa Rivista*, 2010, 355 ss. e, *quivi*, 362-363; su analoga falsariga, nella dottrina tedesca, già HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto?*, *Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars interpretandi*, 1997, 171 ss.

<sup>31</sup> Sia consentito, per tale critica, il rinvio a MANNA, "*L'interpretazione analogica*" nel pensiero di Giuliano Vassalli e nelle correnti post-moderne del diritto penale, saggio dedicato agli *Scritti in onore del prof. Alfonso Maria Stile*, in *La Corte d'Assise*, 2011, 483 ss. e, *spec.*, 492 ss.

<sup>32</sup> CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 1999.

apertura verso la letteratura penalistica, in particolare nordamericana<sup>33</sup>. Tale orientamento non ha, però, caratterizzato solo gli allievi di Federico Stella, ma si è aperto anche a studiosi appartenenti a scuole diverse, come dimostra, ad esempio, l'importante lavoro comparatistico in materia di *malpractice* sanitaria del Di Landro<sup>34</sup>. Nell'ambito della manualistica va, infine, segnalato un interessante volume che, pur non occupandosi esclusivamente del mondo anglosassone, pur tuttavia contiene un capitolo assai interessante sui tentativi di codificazione nel diritto penale inglese<sup>35</sup>.

L'influenza del diritto penale anglosassone non può tuttavia paragonarsi, almeno a nostro giudizio, sia per intensità, che per durata, a quella del diritto penale tedesco, non solo per le maggiori "affinità" fra il diritto penale italiano ed il diritto penale germanico, in quanto entrambi diritti caratterizzati da opere codificatorie e dal costituire diritti scritti, ma probabilmente anche per le maggiori difficoltà logistiche nel recarsi sino all'altra sponda dell'Oceano, che ha probabilmente reso più difficili, anche nell'epoca di *Internet*, i continui contatti e, soprattutto, i soggiorni di carattere duraturo, in particolare negli Stati Uniti d'America.

Da ciò la conseguenza per cui l'influenza del diritto penale anglosassone sul diritto penale italiano può, per l'appunto, stimarsi di minore intensità e persino di minore durata, rispetto ai lunghi e approfonditi rapporti con il diritto penale tedesco, tanto che la più recente letteratura penalistica italiana mostra di preferire strade, almeno per buona parte, diverse.

8. *Il primato, nel diritto penale post-moderno, del diritto vivente rispetto al diritto scritto, tanto è vero che la stessa letteratura penalistica di più recente conio costruisce i suoi interventi sovente partendo dai casi giurisprudenziali più importanti magari inseriti in un contesto normativo europeo od internazionale*

Da quanto siamo venuti testé esponendo, ci sembra che la caratteristica precipua del diritto penale *post-moderno* sia nel senso di una progressiva, ma decisa prevalenza del c.d. "diritto vivente" sul c.d. "diritto scritto" e, quindi, il ruolo della dot-

<sup>33</sup> STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003; nonché, ad es., CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, Milano, 2005; DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002; D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.

<sup>34</sup> DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia. Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009; cui adde, da ultimo, TORRE, *La privatizzazione delle fonti del diritto penale*, Bologna, 2014.

<sup>35</sup> PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2000, 166 ss.

trina penalistica nella formazione e nella legittimazione del diritto penale appare, purtroppo, decisamente recessivo, rispetto a quello svolto dal diritto giurisprudenziale. Tanto ciò è vero che la più recente letteratura penalistica, seppure inserendo le rispettive analisi in un quadro più ampio, di carattere comunitario<sup>36</sup> e/o internazionale<sup>37</sup>, si caratterizza, forse inevitabilmente, per partire proprio dai casi giurisprudenziali più importanti, o più controversi, su cui costruire magari la propria impostazione dogmatica, che, però, risente inevitabilmente del condizionamento del “formante giurisprudenziale”. Sotto questo profilo, sia consentito allo scrivente fornire una testimonianza come commissario per il 2013 ed il 2014 per l’abilitazione scientifica nazionale per il diritto penale, nell’ambito della quale il sottoscritto ha avuto la possibilità di esaminare un numero davvero notevole di opere monografiche e di scritti c.d. minori, sia per l’abilitazione alla prima che per quella alla seconda fascia e può, per l’appunto, testimoniare che la caratteristica precipua di questi, peraltro spesso assai interessanti lavori, delle soventi più giovani leve, consiste proprio nel partire – e nel dare, quindi, una particolare rilevanza – dal formante giurisprudenziale. Non potendo certo in questa sede fare riferimento a tutte le numerose opere esaminate, sia consentito, quale “modello” idealtipico di questa impostazione, fare riferimento ad un recente volume, fra l’altro non a caso dalla Commissione non ancora valutato, per cui è consentito discuterne, cioè l’interessante volume del Civello, che, partendo proprio da casi giurisprudenziali, sia derivanti da recenti interventi legislativi, come il c.d. “Decreto-sanità”, sia indipendentemente da essi, come, ad esempio, il ben noto caso dei sismologi giudicati colpevoli in primo grado dal Tribunale dell’Aquila, costruisce uno stimolante lavoro in materia di colpa, che merita di essere segnalato<sup>38</sup>.

Ciò, si badi, non vuole affatto suonare come una critica alla più recente letteratura penalistica, ma solo constatare un, peraltro importante, dato di fatto, cioè a dire che, se la più recente dottrina penalistica parte proprio dai casi giurisprudenziali, ciò costituisce un ulteriore, chiaro segno, della prevalenza acquisita dal “diritto vivente” sul c.d. “diritto scritto”.

## 9. Conseguente “squilibrio” fra i poteri dello Stato e tentativi di porvi

<sup>36</sup> BERNARDI, *L’europizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; SALCUNI, *L’europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011; SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul diritto penale europeo vigente*, Milano, 2007.

<sup>37</sup> CATENACCI, *Legalità e “tipicità del reato” nello statuto della Corte penale internazionale*, Milano, 2003; SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d’impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008.

<sup>38</sup> CIVELLO, *La “colpa eventuale” nella società del rischio. Epistemologia dell’incertezza e “verità soggettiva” della colpa*, Torino, 2013.

*rimedio, come spia di un "disagio" nei rapporti anche fra dottrina e giurisprudenza*

La prevalenza, ormai dimostrata, del formante giurisprudenziale sulla dottrina penalistica, che di seguito troverà ulteriori ragioni di questo suo, sotto certi profili, "declino", comporta però, almeno a nostro avviso, un conseguente "squilibrio" fra gli stessi poteri dello Stato, nel senso che il potere giudiziario, a cui peraltro non può non riconoscersi il notevole merito di aver grandemente contribuito alla salvaguardia della democrazia nel nostro Paese, soprattutto nei confronti degli attacchi portati, in un primo tempo, dalla criminalità terroristica e, successivamente, da quella organizzata, nonché dai sempre più frequenti fenomeni corruttivi, ha, però, finito per prevalere su di un potere governativo spesso in balia di maggioranze provvisorie e di un potere legislativo che ha risentito altrettanto della crisi di identità dei partiti politici tradizionali.

Ciò ha tuttavia condotto talvolta la giurisprudenza, come abbiamo potuto in precedenza constatare, a travalicare i suoi confini, per cui si sono cercati di elaborare alcuni rimedi, onde evitare tali tipi di pericolosi "travalicamenti".

Va, in primo luogo, menzionato un recente tentativo di agire sul versante disciplinare – sia perché la legge sulla responsabilità civile dei magistrati per dolo e colpa grave si è rivelata di ben scarsa efficacia, proprio perché in fondo non ha risposto adeguatamente al quesito: "*Quis custodiet custodes?*", sia perché la sezione disciplinare del CSM, influenzata dalle correnti esistenti in magistratura e da una certa dose, forse inevitabile, di "corporativismo", ha mostrato analoghe *defaillances* – proponendo quanto segue<sup>39</sup>.

Trattasi della creazione di una sorta di "Authority" indipendente, evidentemente formata da professori ordinari, avvocati e magistrati, che sostituisca l'attuale sezione disciplinare del CSM, per rendere, evidentemente, le relative sanzioni meno soggette ai fenomeni corporativi che abbiamo poc'anzi segnalato. Certo, il pensiero dell'Autore in questione appare essersi notevolmente evoluto rispetto a quando, negli anni Novanta, era Presidente dell'Antimafia, ma ciò, almeno a nostro avviso, non deve essere considerato, come vorrebbero i suoi detrattori, in senso negativo, perché è invece ben possibile che il Violante, dopo una lunga e intensa carriera politica, sempre a contatto con i problemi della giustizia, si sia anche reso conto come fosse necessario operare un correttivo assai qualificato, onde evitare il permanere ed il proliferare del c.d. corporativismo giudiziario.

Resta, però, il dubbio che tale proposta possa trovare la luce, sia per le resistenze che inevitabilmente non può non trovare proprio nel mondo della magistratura, da dove, peraltro, lo stesso Violante proviene, sia, soprattutto, perché si tratterebbe, pro-

<sup>39</sup> VIOLANTE, *Magistrati*, Torino, 2009, spec. 159 ss.

tabilmente, di modificare anche la Carta costituzionale, modifica che, nell'attuale situazione politico-parlamentare, appare quanto meno problematica.

Altrettanto è a dirsi sia per la proposta, avanzata a suo tempo da Gaetano Contento<sup>40</sup>, proprio per preservare il principio di stretta legalità da “straripamenti” giurisprudenziali, di ricorrere alla sollevazione di un conflitto fra poteri dello Stato, che però presuppone la sussistenza di un contrasto tra poteri, non sempre rinvenibile nel caso di tensioni fra interpretazione giurisprudenziale e principio di stretta legalità, nonché per quella anche da noi avanzata. Essa consiste, sul modello sia tedesco, che, ad esempio, anche messicano con il c.d. “*recurso de amparo*”, di concedere la possibilità al privato cittadino di ricorrere direttamente alla Corte costituzionale, nel caso di una interpretazione formalmente estensiva ma, in realtà, costituente un'analogia *in malam partem*, applicata in un processo che riguarda il soggetto in questione, per far sì che la Corte costituzionale possa intervenire al riguardo. Si è ben consci che in tal modo si rischierebbe non tanto una “sovraesposizione” della Corte, ma, soprattutto, un suo sovraccarico, che però potrebbe essere evitato se, sulla falsariga della Corte di Cassazione, si creasse una sorta di “sezione filtro”, destinata a dichiarare inammissibili le questioni manifestamente infondate e/o addirittura pretestuose<sup>41</sup>.

Anche in questo caso, si tratterebbe, però, di un rimedio che probabilmente non coinvolgerebbe soltanto le leggi del '48 e del '53, che come è noto, disciplinano il funzionamento della Corte costituzionale e dei correlativi procedimenti di legittimità, ma anche e, conseguentemente, gli assetti istituzionali, notoriamente non facili da modificare soprattutto nel nostro Paese.

Riteniamo, pertanto, che tali proposte di riforma non siano facilmente praticabili, soprattutto in un quadro politico quale quello attuale, ove le priorità, anche in chiave istituzionale, sembrano dirette verso lidi tutt'affatto diversi, anche se la recente prospettiva di riforma del bicameralismo e del Titolo V della Costituzione sembrerebbe riportare *in auge* le riforme costituzionali.

La stessa evidenziazione della necessità di rimedi istituzionali sta, però, a dimostrare l'esistenza di un evidente “disagio” nei rapporti, in particolare, fra dottrina e giurisprudenza, tanto che, in una importante Relazione al XIX Congresso di Magistratura Democratica, un *ex* magistrato ed attualmente autorevole filosofo del diritto, del calibro di Luigi Ferrajoli, ha proposto “nove regole deontologiche” per il futuro della magistratura fra le quali, in primo luogo, la consapevolezza del carattere “terribile” e “odioso” del potere giudiziario e, in secondo luogo, soprattutto, la consapevolezza del carattere

<sup>40</sup> CONTENTO, *L'insostenibile incertezza delle decisioni giudiziarie*, in ID., *Scritti 1964-2000*, a cura di SPAGNOLO, Bari, 2002, 374 ss.

<sup>41</sup> MANNA, *L'“interpretazione analogica”*, cit., 503 ss.

relativo ed incerto della verità processuale e, perciò, di un *margin*e irriducibile di illegittimità dell'esercizio della giurisdizione<sup>42</sup> (corsivo aggiunto).

#### 10. *La mancata ricodificazione del diritto penale sostanziale come ulteriore elemento di "crisi", in quanto mancanza di progettualità a lungo termine della dottrina*

Un'ulteriore ragione della crisi in cui versa attualmente la dottrina penalistica per quanto riguarda la funzione relativa alla formazione ed alla legittimazione del diritto penale, deriva, almeno a nostro avviso, dalla mancata, sinora, nuova codificazione del diritto penale sostanziale.

Nonostante, infatti, numerosi progetti di riforma a partire dal 1946 ed a terminare con quello più recente, ovverosia il Progetto Pisapia, gli ultimi governi hanno addirittura rinunciato ad istituire una commissione dedicata alla riforma integrale del codice penale, segno evidente che la politica non crede più, o comunque non ritiene più urgente la riforma, oppure, infine, non la reputa in ogni caso "elettoralmente appagante".

Da ciò la crisi della codificazione, espressa in primo luogo da un illustre civilista del calibro di Natalino Irti<sup>43</sup> e successivamente sviluppata da un altro esponente autorevole della dottrina, questa volta penalistica, ovverosia Giovanni Fiandaca<sup>44</sup>.

Per intendere appieno i rapporti tra codice penale e legislazione complementare, è utile ricorrere ad una plastica immagine, ove il codice penale equivale al centro storico di una città e la legislazione complementare alla periferia, che si è sicuramente sviluppata molto di più ed a "macchia d'olio" rispetto al centro. Da ciò lo sviluppo della nota tesi dei c.d. "sottosistemi penali", di luhmanniana memoria, nel senso che accanto, appunto, al codice penale, sono sorte numerose tipologie di "minicodici", magari attraverso testi unici, come ad esempio il DLgs 231 del 2001 in tema di responsabilità da reato dell'ente, ove convivono sia disposizioni di carat-

<sup>42</sup> FERRAJOLI, *Nove massime per una cultura della giurisdizione*, in *Gli oratori del giorno*, n. 6, settembre 2013, 5 ss. e, *quivi*, 8 ss.; da un punto di vista criminologico, sui rapporti tra criminalità, società e politica, cfr. CERETTI, CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013; da ultimo sulla responsabilità dei magistrati, cfr. AA.VV., in *Quest. giust.*, 2013, n. 5, 23 ss.; nonché sulle loro valutazioni periodiche di professionalità, dopo la riforma del 2007, v. AA.VV., in *ibid.*, 2013, n. 6, 115 ss.; cfr. altresì, di recente, l'acuto e ricostruttivo saggio di MANES, *Il ruolo "poliedrico" del giudice penale tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema*, in *Cass. pen.*, 2014, 1918 ss.

<sup>43</sup> IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1969, spec. 65-66.

<sup>44</sup> FIANDACA, *Relazione introduttiva*, in DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, Milano, 2003, 1 ss. e, *quivi*, 7; ID., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 137 ss.; ed inoltre, volendo, anche MANNA, *La crisi attuale della codificazione penale italiana*, in *Indice pen.*, 2006, 965 ss.

tere sostanziale, che processuale, che, infine, di diritto commerciale, in un sistema, per l'appunto, di carattere unitario.

Ciò rende la situazione normativa italiana molto diversa sia da numerosi Paesi occidentali che da altrettanti numerosi Paesi *ex-socialisti*, ove invece, magari per diverse ragioni, si è giunti ad una nuova codificazione penale<sup>45</sup>.

Non è questa la sede per analizzare *funditus* le ragioni della mancata codificazione penale sostanziale italiana, perché ciò che invece qui preme rilevare è l'influenza della mancata codificazione sullo stato della dottrina penalistica. Siamo infatti convinti che proprio la mancata codificazione ha tolto alla dottrina un fondamentale terreno di progettualità, ove la stessa si è sempre dimostrata più adatta rispetto alla giurisprudenza, perché la dottrina si caratterizza per una chiara propensione alla dogmatica e, quindi, alla creazione di un sistema, che è proprio tipico delle opere di codificazione. Detto in altri termini, la dottrina è stata privata di una sorta di "progettualità" a lungo termine e ciò dimostra perché, ad esempio, anche di recente, qualificati esponenti della stessa auspicano l'avvento del "tempo della ricodificazione, in quanto, a loro dire, "la scelta della codificazione soddisfa innanzitutto un'esigenza di razionalizzazione"<sup>46</sup>.

È difficile dar torto a quest'auspicio, perché, in effetti, i sottosistemi penali hanno mostrato il limite sovente di non adattarsi ai principi generali del diritto penale espressi nel codice penale o, addirittura, nella Costituzione ma, ciò nonostante, riteniamo che, anche per le ragioni *in apicibus* indicate, sia bene difficile che, almeno in tempi brevi, si giunga ad una ricodificazione penale e, comunque, indipendentemente dalle ragioni e dai torti degli assertori o dei critici della ricodificazione, sta di fatto che la mancanza della stessa ha indubbiamente privato la dottrina di una sua funzione essenziale e quindi di un suo potere di collegamento maggiore con la sfera politica, ponendo così inevitabilmente il c.d. diritto vivente ulteriormente in una posizione di supremazia.

#### 11. *Conclusioni circa la legislazione sempre più di carattere contingente, la dottrina che non riesce più a ordire un sistema giuridico congruo e la giurisprudenza che rischia di sostituirsi alla stessa dottrina talvolta anche in quest'ultimo compito*

È tempo ormai di tirare le conclusioni circa i rapporti tra legislazione, dottrina e giurisprudenza nel c.d. diritto penale *post-moderno*.

<sup>45</sup> Sia sul punto consentito il rinvio a MANNA, *Corso, cit.*, 761.

<sup>46</sup> Così, testualmente, BRUNELLI, *La sorgente dei codici penali e l'odierna ricodificazione*, in *Per saturam. Studi per Severino Caprioli*, a cura di DIURNI, MARI, TREGGIARI, Spoleto, 2008, 129 ss. e, quivi, 142.

Proprio per le ragioni innanzi indicate, la legislazione assume sempre più il carattere della contingenza e, quindi, dell'a-sistematicità, fino quasi a dar luogo ad una sorta di legislazione "per *spot*", nel senso, cioè, che sovente si legifera in base all'urgenza del momento, senza minimamente porsi un problema di coordinamento con la legislazione previgente. È ovvio che in tal modo ed avendo la più recente legislazione penale tale caratteristica, ne consegue che l'utilità del coinvolgimento della dottrina risulta sempre minore perché sono sufficienti all'uopo le commissioni ministeriali, notoriamente formate da magistrati, ove la presenza della dottrina, se sussiste, è per lo più di carattere minoritario.

La situazione, quindi, di quest'ultima è di evidente crisi, proprio perché non riesce più ad ordire un sistema penalistico completo, o, almeno, di carattere congruo e ciò spiega perché la più recente letteratura penalistica non a caso parte proprio dai casi giurisprudenziali, rendendosi, evidentemente, conto dell'ormai raggiunto primato del diritto vivente sul diritto scritto.

Per quanto, infine, riguarda la giurisprudenza, quest'ultima addirittura rischia di sostituirsi alla dottrina, nel senso che, ad esempio, in alcune celebri sentenze, arriva a costruire un'autonoma sistematizzazione delle materia, come è avvenuto, ad esempio, in tema di rapporto di causalità, con la famosa sentenza delle Sezioni Unite penali del 2002, ricorrente Franzese<sup>47</sup>.

Altro settore in cui la giurisprudenza è giunta ad un'importante sistematizzazione della materia è quella relativa all'infermità di mente, con un'altrettanto innovativa sentenza, sempre delle Sezioni Unite penali del 2005, ricorrente Raso<sup>48</sup>.

L'ultima sentenza in ordine di tempo che ha tentato un'importante sistemazione della materia riguarda il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa, ove la Cassazione a Sezioni Unite, il cui relatore è lo stesso della sentenza Franzese, cioè il Cons. Giovanni Canzio, ha ritenuto che per il concorso esterno, sotto il profilo dell'accertamento della causalità non fosse sufficiente il giudizio *ex ante*, bensì una valutazione *ex post*, nel senso di verificare se il contributo del concorrente avesse influito sulla *conservazione* o sul *rafforzamento* del sodalizio criminoso<sup>49</sup>.

È stato, però, giustamente rilevato da coloro che hanno annotato la sentenza come la costruzione del concorso esterno sulla falsariga del danno risenta troppo del modello del-

<sup>47</sup> Cass., SS.UU. penali, 11 settembre 2002, ric. Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1357 ss.; sia consentito, sul punto, anche gli opportuni, numerosi riferimenti bibliografici, il rinvio a MANNA, *Corso*, cit., 240 ss. per un'approfondita analisi della sentenza in questione; più in generale, sul rapporto di causalità, cfr., da ultimo, CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante obiettivo del reato*, Torino, 2013.

<sup>48</sup> In *Dir. pen. proc.*, 2005, 837 ss.; cfr., in argomento, BERTOLINO, *L'infermità mentale al vaglio delle Sezioni Unite. Il commento*, in *ibid.*, 2007, 853; nonché, volendo, anche MANNA, *L'imputabilità tra prevenzione generale e principio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 2006, 220 ss.

<sup>49</sup> Cass., SS.UU. penali, 12 luglio 2005, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 80 ss., con nota di FIANDACA, VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*, in *ibid.*, 86 ss.

la sentenza Franzese ed invece mal si adatta ad una tematica così diversa, che infatti ha ad oggetto beni giuridici collettivi, tant'è vero che in quest'ultimo caso il rapporto di causalità materiale si pone in relazione con eventi, quali la *conservazione* o addirittura il *rafforzamento* dell'organizzazione criminale, che posseggono più il sapore di eventi in senso giuridico, anziché, come dovrebbe essere, di eventi in senso naturalistico.

Ciò, peraltro, accade laddove il legislatore resta ancora del tutto silente per quanto riguarda il fenomeno del concorso esterno e quindi è evidente l'attività di "supplenza" operata dalla giurisprudenza, che tuttavia, senza un preciso referente normativo, inevitabilmente diventa "ondivaga", come dimostrano proprio i numerosi interventi, addirittura delle Sezioni Unite penali, in materia, appunto, di concorso esterno in associazione di tipo mafioso<sup>50</sup>.

Vorremmo, infine, concludere queste nostre riflessioni con una nota di relativa speranza, dovuta al fatto che anche i penalisti sostanziali, in ciò seguendo i processualpenalisti, hanno costituito l'"Associazione Italiana dei professori di diritto penale", che ha già tenuto due importanti convegni, il primo a Firenze, ma limitato alla componente dottrina<sup>51</sup>, ed il secondo a Palermo<sup>52</sup>, esteso invece anche alla componente magistratuale.

Quest'ultimo costituisce, almeno a nostro avviso, un dato assai rilevante, perché comporta una presa di coscienza della necessità di rapportarsi con le altre componenti del mondo del diritto, onde non rischiare di chiudersi in un'autoreferenzialità senza sbocchi.

Il nuovo Presidente dell'Associazione, il collega Carlo Enrico Paliero, appare essere andato oltre in questa prospettiva, auspicando un'intesa anche a livello convegnistico, con l'Unione delle Camere Penali, nonché la creazione di una *rubrica* da inserire in una rivista *on line*, sulle attualità normative da discutere.

È anche sorta, di conseguenza, pure un'"Associazione dei ricercatori di diritto penale", con ciò, più in generale, dimostrando il tentativo, da parte della dottrina, di "riprendere quota" e, quindi, tentare un dialogo di carattere quanto più possibile paritario sia con il legislatore, che con la giurisprudenza, così da poter di nuovo tornare utile nella formazione e nella legittimazione del diritto penale.

<sup>50</sup> Sia, in generale, sull'argomento, di nuovo consentito il rinvio a MANNA, *Il concorso esterno (e la partecipazione) in associazione mafiosa: cronaca di una «nemesi» annunciata*, in BARGI (a cura di), *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, 165 ss.; da ultimo, in argomento, Cass., Sez. VI pen., 27 giugno 2013-24 luglio 2013, n. 32412, in *Cass. pen.*, 2014, 1594 ss., con nota di PANETTA, *Ancora sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso e presunzione di pericolosità sociale prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p.*, in *ibid.*, 1598 ss.

<sup>51</sup> Primo Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale: *Il diritto penale nella realtà contemporanea: prospettive e alternative*, Firenze, 16-17 novembre 2012, i cui atti sono pubblicati in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1059 ss.

<sup>52</sup> Secondo Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale: *Economia e diritto penale nel tempo della crisi*, Palermo, 15-16 novembre 2013, i cui atti saranno prossimamente pubblicati.