

SERGIO MOCCIA

L'ODIERNA FUNZIONE DI 'CONTROLLO'
E "ORIENTAMENTO" DELLA DOTTRINA

1. La struttura del reato costruita in conformità ai principi – costituzionalmente fondati – dello stato sociale di diritto è un esito che risponde a grandi premesse ideali connesse ai fondamenti stessi della democrazia; esse mantengono ancora intatto valore ed attualità. Eppure, è bene ribadirlo, solo di rado le previsioni di reato e, più in generale, le norme che ridondano a carico della libertà individuale risultano conformi a quella struttura, come viene confermato da strappi frequenti e recenti a quei principi: è in atto già da lunga data un evidente processo involutivo del diritto penale.

Quando, poi, la 'postmodernità' chiede forme di controllo penale più 'flessibili', più 'dinamiche', anche ai fini di una 'semplificazione' processuale, i principi classici del diritto penale costituzionale – legalità, in particolare riserva di legge e determinatezza/tassatività, personalità della responsabilità, offensività, materialità, frammentarietà, sussidiarietà, integrazione sociale – vengono ad essere ulteriormente sacrificati. È possibile sostenere che l'accentuata disattesa di questi principi rappresenta, per le sue implicazioni, l'esempio più evidente della perdita di valore di quelle idee-guida alla base del diritto penale di derivazione illuministica, quali la tutela di libertà e dignità dell'uomo.

In sostanza le esigenze della postmodernità, con la fine dello storicismo, hanno determinato la perdita dell'idea di fondamento, che ha spinto all'adozione di canoni 'deboli' di comprensione e di interpretazione della realtà, con il ricorso, nell'esperienza giuridica, a logiche, miopi, di immediatezza. Ma queste, secondo me, mal si adattano alla 'forza', alla sostanza dei diritti fondamentali, quali vengono normalmente in discussione con il controllo penale. In questa materia vi è necessità di regole 'forti', di 'fondamenti' e, dunque, di sistema, di principi.

Tutto il contrario di una legislazione casuale, occasionale, contraddittoria, orientata a vere o presunte emergenze, foriera di perdita di garanzie ed efficienza, come testimonia impietosamente, ormai da anni, l'inconcludente politica criminale, più o meno dichiaratamente securitaria, nazionale e/o europea.

2. In effetti, se il problema sociale della criminalità tende ad essere considerato non dal punto di vista di un sistema penale, quale sistema generale di controllo secondo moduli precostituiti e formalizzati, bensì come problema di singoli criminali, o di singoli fenomeni criminali, allora appare quasi scontato liberarsi di impacciati presupposti, quali i principi, per consentire un'azione quanto più rapida ed efficiente.

In realtà, diffuse esigenze di 'sicurezza' unitamente ad una caratterizzazione di forte alterità dal comune cittadino dei potenziali criminali (di solito tossicodipendenti ed immigrati) rendono costoro soggetti a diritti minorati e fanno percepire le garanzie, specialmente quelle di tipo formale, come dei veri e propri ostacoli ad una 'effettiva lotta al crimine'. È questo un fatto che si verifica pure perché nella considerazione del fenomeno si sta producendo un mutamento radicale di prospettiva: dall'individuo verso aggregati statistici del tutto impersonali, che, tuttavia, hanno il *trait d'union* di rappresentare un 'rischio' per la società.

La sicurezza, dunque, non è più la conseguenza di un ordine sociale teso alla giustizia, ma è l'esito di scelte politiche, approssimative, orientate nel migliore dei casi alla 'riduzione del danno'; esse, in ogni caso, come l'esperienza di questi anni sta dimostrando, sono condannate al fallimento, anche perché la persona, la sua individualità, più o meno dolorosa, non si lascia facilmente sostituire da insiemi matematici o *clusters* statistici.

In questi termini la sicurezza è solo una finzione sociale: dunque il superamento del rischio è destinato ad essere solo simbolico. E la media attuariale delle emozioni private, disinvoltamente scambiata per opinione pubblica, viene sovente assecondata da un legislatore poco attento, poco informato e, forse, in mala fede. Esempio, in merito, appare la normativa proposta nel 1999 dal Ministro della giustizia all'interno di un velleitario "pacchetto giustizia" in materia di scippi e furti in abitazione, divenuto, purtroppo, legge, nel 2001, quasi all'unanimità dei voti parlamentari; essa ripropose, in ultima analisi, la vigente disciplina, lasciando, tuttavia, intendere che quest'ultima fosse la causa dell'intensificarsi del fenomeno e non, piuttosto, l'aggravarsi del disagio legato a tossicodipendenza, emarginazione, disoccupazione, espressivo del sempre più deciso – ed irresponsabile – abbandono di quell'ordine sociale razionale alla cui realizzazione mirava l'ideale dello stato sociale di diritto. Recentemente, sempre in materia di furto, con il "pacchetto sicurezza" del 2009 sono state inserite nell'art. 625 c.p. le circostanze aggravanti del fatto commesso "all'interno di mezzi di pubblico trasporto" o nei confronti di chi sia "nell'atto di fruire" o "abbia appena fruito" di servizi di prelievo di danaro: al taglio esasperatamente casistico della novella – non si comprende, infatti, perché, ad esempio, sia meno grave realizzare il furto dopo che la vittima si sia allontanata dalla fermata dell'autobus o dalle telecamere della banca... – si abbina un inasprimento repressivo di evidente inefficacia preventiva.

Se, nell'elaborazione di tali 'riforme', si fossero tenuti nel debito conto questi dati di facilissima acquisizione, si sarebbero potute evitare mistificanti forzature normative, funzionali solo ad opzioni politico-criminali poco rispettabili, in ogni caso precostituite rispetto ai 'materiali' da cui vorrebbero essere tratte. Una riforma che non voglia o non riesca a discernere i dati dalle valutazioni bara con se stessa: e questa può essere considerata ormai la regola delle innovazioni in materia penale.

E credo che analogamente si connotino i provvedimenti normativi di derivazione europea: l'immediata impressione che essi suscitano è che siano prodotti più che altro per affrontare contingenze emergenziali e, dunque, si basino su bisogni emotivo-irrazionali di repressione, assecondando poco commendevoli derive simboliche e non razionali linee di politica criminale sistematicamente costruite. Ed è, francamente, difficile da capire il conformistico appiattimento, acritico, tanto diffuso in ordine alla recezione di siffatta normativa, sovente in contrasto con elementari esigenze di garanzia; ed ancor più difficile da comprendere l'immotivata presunzione d'innocenza, ampiamente riconosciuta alle istituzioni europee, quando s'impegnano in una politica criminale autoritaria.

3. L'orientamento attuale ai flussi emotivi dei consociati o di *lobbies*, anche per demagogiche finalità elettorali, spinge il legislatore – o chi per esso – ad esaudire i desideri di criminalizzazione, al di là di parametri di effettiva meritevolezza di pena di talune condotte. Ciò comporta l'estrema difficoltà di una precisa formulazione legislativa: paradigmatici nel senso di un modestissimo livello tecnico appaiono per molti versi le disposizioni introdotte in materia di legittima difesa, di immigrazione, di *stalking* e di abusi sessuali su minori e pedopornografia.

Sembra quasi esservi un bisogno di vaghezza, se non di ambiguità. E ciò può anche servire allo scopo di trasferire sulla magistratura la grave responsabilità della gestione politico-criminale dei fenomeni, anziché favorire il corretto adempimento della istituzionale funzione di soluzione, secondo parametri formalizzati e precostituiti, dei singoli conflitti socialmente rilevanti. L'argomento giustificativo tradizionale è quello della giustizia per il caso singolo, ma questa è raggiungibile anche con norme tassative. Anziché aprire spazi eccessivi di 'creazione' giurisprudenziale, il legislatore, nel caso di una valutazione di non coperta meritevolezza di pena, potrà sempre introdurre una nuova disposizione; certo, per qualche tempo, che, tuttavia, può anche essere molto breve – dipende solo dal legislatore medesimo – potrà accadere che taluni consociati si comporteranno in maniera meritevole di sanzione e ciò nondimeno non saranno passibili di pena, ma questo è un prezzo che lo stato di diritto deve essere pronto a pagare, per non tradire se stesso.

Strettamente connessa a questa prospettiva è quella, più generale, legata ad esigenze di deformalizzazione del diritto penale per finalità ad ampio spettro, eccen-

tricamente orientate alla soluzione di problemi di politica economica e di politica sociale, per lo più legati alla tutela di interessi c.d. diffusi. Ed un tale uso strumentale del diritto penale può aspirare al successo, se esso funziona velocemente e senza eccessive complicazioni, che pure possono venire da leggi formulate in conformità ai principi costituzionali.

È questo in realtà il problema del cosiddetto ‘diritto penale del rischio’ – naturalmente connesso all’impostazione sociologica della *Risikogesellschaft* –, per il quale, a fronte di fenomeni a cui è possibile connettere gravi implicazioni sul piano della dannosità sociale, si discute se sia ammissibile, per finalità preventive, ipotizzare un controllo penale caratterizzato dalla rinuncia a talune garanzie offerte dal sistema penale dello stato di diritto, o ad un loro notevole affievolimento. In particolare, il riferimento è al bene giuridico come oggetto effettivo dell’offesa e ad affidabili criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, con quel che ne consegue in campo processuale in rapporto all’accertamento del fatto e, dunque, in materia di prova. Ove tali garanzie non dovessero essere assicurate, appare evidente che, in uno stato di diritto, il controllo penale non può essere, legittimamente, attivato.

In ogni caso, non solo per esigenze di garanzia, ma anche di effettività della tutela, è su altri piani – politico, amministrativo, di organizzazione interna ai vari settori di interesse – che vanno ricercati ed attivati rimedi contro i rischi – anche gravissimi per la stessa sopravvivenza della specie umana – derivanti da attività complesse legate allo sviluppo tecnologico, scientifico, economico. Certo, qualora dovessero emergere profili d’illiceità quali il diritto penale è in grado di conoscere e gestire, è evidente che questo debba essere attivato, ma solo a tali condizioni, altrimenti il ‘rischio’, fondato, è quello concreto del solito uso simbolico dell’intervento penale, strutturalmente inefficace, se non controproducente sul piano della tutela, perché in molti casi fornisce, con la sua mera presenza, un alibi per non affrontare seriamente, nelle sedi più consone, il problema.

4. Ma, al di là di complesse contingenze, che, indubbiamente, condizionano non poco la struttura della norma, è innegabile il sussistere di obiettive difficoltà di ordine tecnico in rapporto alla redazione di un testo legislativo univoco e rispettoso della *ratio legis*, capace di rappresentare sufficientemente una realtà empirica. Vi è necessità di applicazione, esperienza, conoscenza della tecnica della legislazione e tempo. Non sempre chi fa le leggi è in grado di farle e non sempre l’*iter* procede in maniera ragionevole: è noto lo stravolgimento dei testi all’ultimo minuto tramite emendamenti di difficile compatibilità con il resto del provvedimento.

L’osservazione dell’esperienza secondo cui le istituzioni parlamentari raramente si sono dimostrate all’altezza di legiferare in termini di determinatezza, ha assecondato una tendenza, mai sopita nella giurisprudenza, di emancipazione dalla

soggezione alla forma della legge, per costituirsi interprete immediata della coscienza comune, se non del pubblico interesse. Sovente si è verificato in giurisprudenza il fenomeno dell'ampliamento dell'ambito applicativo della norma, ben oltre i limiti segnati all'interno della stessa, per soddisfare c.d. 'esigenze di difesa' dei consociati o dello Stato. Va solo notato che nelle costituzioni dello stato di diritto, ad esprimere coscienza ed interesse comune, sono legittimati i rappresentanti del popolo democraticamente eletti e non i giudici, per i quali, talvolta, sembra sussistere pur sempre un ordine normativo indipendente dalla legge: come ammoniva Radbruch "il giudice non è servo della giustizia, bensì della certezza del diritto"¹. Serpeggiano, invece, atteggiamenti d'insofferenza da parte della giurisprudenza nei confronti del legislatore, quasi a prefigurare autonomia ed indipendenza dalla stessa legge; idee di primato del potere giudiziario rispetto alla norma giuridica, sovente processuale, ma anche sostanziale: di qui il 'diritto vivente', che rappresenta un evidente ridimensionamento – poco tollerabile per uno stato di diritto – del fondamentale ruolo della legge.

Certo, quando le leggi sono oscure, perché pletoriche, farraginose, contraddittorie o, semplicemente, scritte male, l'aspirazione ad una giurisprudenza affidabile, non oscillante, secondo la prefigurazione dello stato di diritto, diviene di realizzazione pressoché impossibile. È di comune acquisizione il fatto che la giurisprudenza, e non da oggi, è sovraccarica, sbilanciata, sollecitata verso il pangiudizialismo penale: ma questo non significa che non si possa in qualche modo ridurre in termini di 'ragione' portata e modalità di esercizio della giustizia.

In effetti, il diritto penale conforme a Costituzione pretende, ed è in grado di giudicare singoli fatti; in particolare, ai fini di una valutazione giuspenalistica l'obiettivo è di circoscrivere una condotta materialmente esteriorizzata, che dà vita ad un evento chiaramente percepibile, rispetto al quale è agevole la ricostruzione di un rapporto di tipo psicologico.

Tra i possibili modelli di norma penale, la tradizione dello stato di diritto privilegia quello che si sforza di esprimere una regola di condotta facilmente comprensibile dai consociati ed agevolmente accertabile sul piano della verifica giudiziaria. Ciò ha luogo con una fattispecie imperniata su di un risultato esteriore rispetto alla condotta, nel quale si esprima la dannosità sociale del fatto.

Una volta che si sia ben delineato l'evento, emergerà nei suoi contorni definiti la condotta tipica e la fattispecie soggettiva assumerà una nota evidente di disvalore: la previsione-prevedibilità e/o la volontà del danno o del pericolo. Questo tipo di norma presenta il pregio della chiarezza e precisione, che agevola non poco la possibilità di recezione da parte dei consociati; anche in rapporto alla sua redazio-

¹ G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5ª ed., Stuttgart, Köhler, 1956, p.182.

ne, tendenzialmente, il linguaggio adoperato si avvicina a quello della realtà dei rapporti socio-individuali.

Ed invece, lungi dalle sue caratteristiche di sussidiarietà e frammentarietà, il diritto penale viene sempre più invocato, e spessissimo attivato, per affrontare problemi di rilevanza sociale al centro del dibattito pubblico, anche se non tutti della medesima significatività: dalla droga all'immigrazione, dalla tratta dei minori alla pedopornografia, dalla genetica alla prostituzione, dall'alterazione dell'equilibrio ecologico al doping nello sport, dai videogiochi alla lotta tra cani e così via. Ponendo la risposta penalistica come *prima ratio* della politica sociale, per male intese esigenze efficientiste, si tralascia abitualmente l'analisi, preliminare nel contesto di una seria e razionale politica di controllo sociale, sulla capacità di reale efficacia che presenta l'attivazione dello strumentario penale.

L'affermarsi, deciso, di un globalizzante, 'onnivoro' diritto penale esprime il segno più evidente della crisi, tanto grave quanto poco avvertita, di una cultura giurisprudenziale della legalità, formale e dei contenuti; e, francamente, non può non destare preoccupazione il fatto che, contestualmente, è riscontrabile uno strano atteggiamento, abbastanza diffuso, della dottrina, che pare non accorgersi di come questa sua cultura stia andando perdendosi. Le leggi penali sono ormai, troppo spesso, divenute semplicemente delle 'regole scritte', dal contenuto casuale: esse sono, però, collegate, o comunque è possibile che lo siano, anche ad una severa punizione, senza che, tuttavia, dal contenuto del divieto emerga una legittimazione del trattamento sanzionatorio. E ciò rende anche del tutto improbabile una coerente ricostruzione in termini dommatico-sistematici dei nuovi 'prodotti' normativi.

5. La fuga nel sistema penale assume il solo significato di un miope sottrarsi delle istituzioni statuali ai loro compiti di corretta azione politico-sociale. Diviene, perciò, compito della dottrina penalistica anche richiamare l'attenzione su questo dato e definire, in maniera anche autocritica, limiti e possibilità di un corretto intervento penale. Si tratta di progettare strategie complesse di controllo sociale, ma anche di effettuare verifiche critiche della legislazione vigente in ordine alla realizzazione di un intervento penale minimo, sussidiario, in grado di conciliare il rispetto delle garanzie costituzionali con l'apertura a strategie, extrapenali ed extragiuridiche, efficienti di controllo sociale.

Naturalmente compito della dottrina continua ad essere anche quello del confronto attento con provvedimenti normativi e prassi giurisprudenziali preoccupanti per le ragioni dell'individuo; il rischio è, altrimenti, quello di abbandonare la realtà dell'esercizio quotidiano del potere punitivo ad istituzioni autoreferenziali, con possibili derive arbitrarie e, dunque, incostituzionali.

Certamente, in uno stato di diritto la legislazione è compito del Parlamento, dei rappresentanti, democraticamente eletti, del popolo, e tra i compiti del giurista vi è quello della sistematizzazione, dell'astrazione dogmatica e dell'inter-pretazione teleologica della normativa esistente. Ma, tra i suoi compiti, vi sono certamente anche quelli relativi alla *lex ferenda*, alla riforma, alla politica criminale e quindi alla legislazione.

Una contrapposizione tra questi gruppi di attività appartiene ad una impostazione scientifico-metodica di tipo tecnicistico, che già nella seconda metà dell'Ottocento cominciava a mostrare la sua inadeguatezza alle ragioni dello stato di diritto. Non va dimenticato che la stagione della massima affermazione tecnicistica è stata quella del diritto autoritario, che ha trovato il suo coronamento nella legislazione penale fascista.

In ogni caso, da quando il riconoscimento della forte interazione tra politica criminale e dogmatica ha portato al superamento di una sistematica di tipo meramente logico-formale per una teleologica, orientata a principi, normativamente dedotti, di politica criminale, l'oggetto della scienza penalistica si è ampliato ben oltre la consueta dimensione di tipo dogmatico-metodico-sistematico, fino a comprendere legittimamente la politica criminale e la legislazione, nel senso della scienza e della tecnica legislativa.

Sin dai primi anni '70 è divenuta acquisizione indiscutibile il fatto che, nei rapporti di diritto penale, sia possibile misurare il livello qualitativo della tutela di libertà e personalità individuale in una determinata compagine statale e in un particolare momento storico, e ciò grazie alla piena consapevolezza dell'inganno tecnicista² che contrabbandava per purezza della teorizzazione la negazione della critica trascendente la logica interna della legge vigente e, dunque, relativa ai presupposti politico-criminali della medesima. Risale, infatti, a quegli anni, la lezione di Roxin²: essa rappresenta in maniera esemplare l'esigenza della costruzione di un sistema penale che assuma come principi di riferimento i valori politico-criminali di derivazione liberal-solidaristica, sovente normativizzati nelle Costituzioni orientate ai principi dello stato sociale di diritto.

Dunque, al termine dogmatica o dogmatica si sono talvolta conferiti significati diversi, che non paiono correttamente attribuiti: la dogmatica dovrebbe essere, rettamente, intesa come quella disciplina che si occupa del diritto positivo e considera le norme veri e propri dogmi, in quanto oggetto privilegiato e dato di origine irrinunciabile dell'elaborazione concettuale. Essa adempie ad una fondamentale istanza di sintesi e di intelligibilità: si pone in uno stadio di astrazione intermedio tra norma e fattispecie concreta, al fine del riconoscimento delle caratteristiche più rilevanti di ogni elemento, e, delimitando l'ambito delle alternative possibili, offre

² C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1^a ed., Berlin, De Gruyter, 1970.

un affidabile modello decisionale rispettoso di esigenze di uniformità e, dunque, di eguaglianza e di ragionevolezza. In tal modo imbriglia, per così dire, garantisticamente, spinte a libere creazioni interpretative, contribuendo anche a conferire razionalità nell'inflizione delle sanzioni.

Se, invece, si fa riferimento all'elaborazione-sistematizzazione di un ordine concettuale ed alla metodologia impiegata, che trascende il dato dell'interpretazione e del chiarimento del significato di una norma, allora il riferimento più aderente alla realtà delle cose va fatto, oltre che alla sistematica, alla teoria generale, alla politica criminale, alla metodologia, che, in ogni caso, fungono da presupposti anche dell'elaborazione dommatica.

6. È evidente, dunque, che alle scelte di politica criminale derivate con coerenza dalle opzioni fondamentali, di tipo normativo, sancite nella Costituzione, va attribuito un ruolo centrale nella costruzione del sistema e nell'interpretazione della norma; se, infatti, la tutela dei diritti dell'uomo si impone come processo storico irreversibile, i limiti che essa può sopportare in uno stato sociale di diritto vanno delineati con estremo rigore e chiarezza.

Sotto altro profilo, la ricerca di un affidabile, anche perché comprensibile, complesso di regole ed il privilegio di prospettive soggettive nella definizione dei titoli di responsabilità, in una parola l'impianto garantistico, formale e sostanziale, che contrassegna, o dovrebbe, il sistema penale, rappresenta una diretta conseguenza del fatto che quel sistema, in via di principio, è orientato ad incidere, anche in misura notevole, sui diritti di libertà e personalità individuale che, per definizione, sono posti all'apice dei valori sui quali si basa il patto sociale in democrazia.

A risultati insoddisfacenti porta, invece, un dogmatismo di tipo tecnicistico, che finisce per assecondare più o meno consapevolmente scelte illiberali, nel momento in cui fornisce una giustificazione teorica all'espulsione dalla teoria del sistema penale delle problematiche di politica criminale, la cui forte caratterizzazione in senso assiologico-materiale risulta poco armonizzabile con la purezza astratta di categorie squisitamente dommatico-tecnicistiche.

In particolare, l'opzione dommatico-tecnicistica esprime la sua vocazione illiberale nella misura in cui esclude la possibilità per l'interprete di indagare per elaborare argomenti di tipo assiologico, utili a porre in discussione la validità e la legittimità di singoli aspetti del sistema, nonché per quel carattere quasi esoterico che ha contrassegnato fino a non molti anni orsono parte non trascurabile della dommatica giuspenalistica.

Altra questione è quella relativa ad una dommatica tesa all'elaborazione di regole, generali ed astratte, che 'organizzi' il materiale legislativo, tenendo anche conto di parametri 'metatecnicistici', quali ragionevolezza, conformità allo scopo, e

così via; sempre che, naturalmente, le norme siano redatte – dal punto di vista strutturale e dei contenuti – in maniera tale da consentire lo stesso procedimento di affidabile generalizzazione ed astrazione.

Ne consegue che la comprensione sia del sistema nel suo complesso, che dei singoli istituti, passa innanzitutto attraverso l'attenta considerazione del complesso dei principi di fondo. In altri termini, ai fini della coerenza sistematica – che poi altro non è che la spia di legittimità e funzionalità del sistema – la correzione o la rimozione di soluzioni normative risultanti aporetiche passa necessariamente attraverso rigorose operazioni di verifica o di falsificazione delle stesse in rapporto alle opzioni fondamentali implicate. Partendo dal dato della possibile contraddittorietà, rispetto alle opzioni fondamentali, delle singole scelte normative – *de lege lata* o *de lege ferenda* –, sarà compito dell'interprete segnalare l'errore e, quindi, la mancata coerenza sul piano della logica interna e/o la carenza di completezza nella singola soluzione.

In particolare, la scienza penalistica deve esercitare, dunque, un controllo di razionalità, di fondatezza logica, di legittimità. Questo significa che anche un progetto di legge debba essere valutato dal punto di vista dell'esattezza sotto il profilo metodico-dogmatico e della coerenza sia interna alle singole norme che in una prospettiva sistematica, di più ampio respiro. Naturalmente, il controllo di razionalità riguarda anche l'adeguatezza dell'opzione penale, la prospettiva delle possibili conseguenze, la rispondenza ai principi fondamentali di politica criminale.

È quindi conforme alla natura delle cose l'interazione tra scienza del diritto e legislazione, pur nel rispetto assoluto dei ruoli e, in particolare, dell'assolutamente indipendente esercizio del potere legislativo da parte dei rappresentanti del popolo democraticamente eletti. Allo stesso modo, in conformità ai principi che sanciscono libertà di ricerca e libertà di opinione, è un diritto/dovere della scienza giuridica far sentire la propria voce, già nella fase progettuale delle norme, per orientare le scelte del legislatore in conformità ai principi di una legittima politica criminale ed ai principi di una corretta attività di normazione conforme al rispetto di esigenze logico-metodiche e di coerenza sistematica.

Tutto ciò implica la possibilità di una comunicazione razionale tra scienza e legislatore già nella fase di preparazione della normativa. La mancanza di questa interazione discorsiva comporta spesso una carenza di legittimazione materiale della legge, quando questa viene emanata senza che risultino verificati dal legislatore tutti i presupposti di ordine politico-criminale, sistematico, logico-formale, che per definizione costituiscono oggetto di studio da parte della dottrina: l'esito di questo tipo di procedimento legislativo, nel migliore dei casi, è quello – fortemente negativo per lo stato di diritto – dell'aporia che pregiudica legittimità e funzionalità delle norme.

7. Punto centrale della questione relativa al ‘controllo’ da esercitare su legislazione e prassi da parte della dottrina riguarda la sua ‘investitura’.

Nel premoderno all’*opinio doctorum* era diffusamente riconosciuta *auctoritas* – anche di tipo normativo – ma essa si basava sul fatto d’essere i *doctores* consiglieri del principe, il braccio, più o meno, armato di penna del principe: in caso contrario o non si contava alcunché o si faceva una brutta fine. E la deformalizzazione del diritto era perfettamente funzionale alla struttura autoritaria al cui mantenimento davano un contributo essenziale l’*opinio doctorum* ed una giurisprudenza ‘fortemente creativa’: era la fiera del ‘diritto vivente’, ma a morire erano le ragioni dell’uomo. Poi con la modernità venne la legge, come la intendiamo – spero – ancora noi, l’equilibrio tra i poteri, i codici e la legge fondamentale: in una parola i diritti fondamentali dell’individuo e la loro difesa. Ed è sorprendentemente curioso leggere di “acri e demolitivi libelli di un Muratori e di un Beccaria”³, che, tra gli altri ‘torti’, avrebbero quello di aver posto la legge, formalizzata – con caratteristiche di semplicità, certezza, chiarezza –, al primo gradino delle fonti, provocando sicuramente una forte flessione di ‘pittoresche’ “strida d’innocenti” – e non –, che il diritto vivente dell’epoca provocava in gran copia, laddove il “moderno riduzionismo” delle fonti aveva, invece, contribuito a ridurle notevolmente.

La nostra scienza è dunque una scienza normativa: all’apice delle fonti, vi è la Costituzione, che consente un margine all’interno del quale sono legittime posizioni differenziate, scelte differenziate, ma non oltre determinati limiti segnati dai principi. Ed è con quelli che dobbiamo continuare a fare i conti, se vogliamo restare nell’ambito dello stato sociale di diritto. È vero che nella prassi – legislativa e giurisprudenziale – assistiamo sovente ad uno svuotamento applicativo dei principi. Tuttavia non riesco a trovare un argomento che possa legittimamente fondare un tale svuotamento: registro una diffusa rassegnazione ad una sorta di razionalità della realtà che non è in grado di giustificare alcunché. Ma i principi fondano argomenti ‘forti’, come ‘forti’ sono i diritti in gioco con il diritto penale, come ‘forti’ sono le esigenze che esprime un ordinamento retto da una Costituzione rigida che prefigura uno stato sociale di diritto.

E si tratta di coerenza e non di ‘ossessioni’ sistematiche, anche se, a ben vedere, queste ultime pure esprimono un valore deontologico; esse forse hanno addirittura un valore etico-politico, nella misura in cui si propongono il rispetto di quei valori, divenuti attraverso la mediazione del diritto principi normativi – tuttora vigenti – e, quindi, oggetto di riflessione da parte della scienza giuridica. Sinceramente, ho la fortuna di condividere l’impostazione politico-giuridica che emerge dalla Costituzione e dunque l’impianto sistematico giuspenalistico e le connesse, possibili im-

³ P. GROSSI, *Il ruolo del giurista, oggi*, Excerptum ex *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Pontificia Universitas Lateranensis, Roma, 2010, p. XI.

plicazioni politico-criminali. Di qui deriva questa mia difesa quasi in termini meramente positivistic, ma di certo dietro questa scelta di vago sapore formalistico è prefigurata una strenua difesa assiologica di un mirabile sistema di principi.

E allora che può fare in questo contesto la dottrina, come far valere l'*opinio doctorum* senza l'*auctoritas* di consigliere del principe, magari essendone talvolta l'antagonista? La scienza può pretendere attenzione unicamente attraverso la sua autorevolezza, connessa ad una forte capacità di comunicazione. Sull'autorevolezza non sta certo a me emettere giudizi, ma è sicuro che esiste e persiste un difetto di comunicazione. Senza rinunciare a specificità e complessità del nostro pensiero, bisognerebbe cercare di rendere più partecipabili le nostre soluzioni, le nostre riflessioni, i nostri dubbi. Probabilmente, utilizziamo, talvolta, formulazioni vagamente 'esoteriche', laddove impone chiarezza il principio di democrazia che pure dovrebbe guidare l'elaborazione scientifica, nel senso del rispetto dell'interlocutore non 'chierico'. E credo proprio che appartenga all'autorevolezza anche la capacità di proporre soluzioni comprensibili, oltre che, naturalmente coerenti con la realtà da disciplinare e con i principi di riferimento: una regola sussidiaria, relativa ad un fenomeno verificabile empiricamente e, soprattutto, giudizialmente.

Dunque, compito precipuo della dottrina mi sembra attualmente quello di orientare il legislatore – ma anche la giurisprudenza – nel difficile rapporto con la realtà, sempre più complessa: orientarla con la forza della sua coerenza sistematica, della sua capacità critica, della sua onestà intellettuale nel pieno rispetto dei principi dello stato sociale di diritto.