



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

uup.uniurb.it





**INCONTRI
E PERCORSI**

N.04

INCONTRI E PERCORSI è un collana multidisciplinare che nasce nel 2022 e raccoglie le pubblicazioni di convegni e mostre promossi e organizzati dall'Università di Urbino.

Volumi pubblicati

01.

Le carte di Federico. Documenti pubblici e segreti per la vita del Duca d'Urbino (mostra documentaria, Urbino, Biblioteca di san Girolamo, 26 ottobre - 15 dicembre 2022), a cura di Tommaso di Carpegna Falconieri, Marcella Peruzzi, UUP 2022

02.

Paolo Conte. Transiti letterari nella poesia per musica, contributi di studio a cura di Manuela Furnari, Ilaria Tufano, Marcello Verdenelli, UUP 2023

03.

Il sacro e la città, a cura di Andrea Aguti, Damiano Bondi, UUP 2024



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

UUP
URBINO
UNIVERSITY
PRESS

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

A cura di
Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

DIRITTO PENALE TRA TEORIA E PRASSI

a cura di Alessandro Bondi, Gabriele Marra, Rosa Palavera

Progetto grafico

Mattia Gabellini

Referente UUP

Giovanna Bruscolini

PRINT ISBN 978-88-31205-54-2

PDF ISBN 978-88-31205-52-8

EPUB ISBN 978-88-31205-53-5

Le edizioni digitali dell'opera sono rilasciate con licenza Creative Commons Attribution 4.0 - CC-BY, il cui testo integrale è disponibile all'URL:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Le edizioni digitali online sono pubblicate in Open Access su:

<https://uup.uniurb.it>

© Gli autori per il testo, 2024

© 2024, Urbino University Press

Via Aurelio Saffi, 2 | 61029 Urbino

<https://uup.uniurb.it/> | e-mail: uup@uniurb.it

L'edizione cartacea del volume può essere ordinata in tutte le librerie fisiche e online ed è distribuita da StreetLib (<https://www.streetlib.com/it/>)

SOMMARIO

SAPERE DI SAPERE	11
Alessandro Bondi	

PARTE I: RELAZIONI

TEORIA E PRASSI: UNA PROSPETTIVA DI <i>COMMON LAW</i>	31
George P. Fletcher	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE	37
Luís Greco	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI	49
Sergio Moccia	

DIRITTO PENALE: TEORIA SENZA PRASSI?	63
Tullio Padovani	

SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI NEL DIRITTO PENALE: UNA PANORAMICA	73
Francesco Palazzo	

DIRITTO PENALE E NUOVE TECNOLOGIE: UNA SFIDA PER LA PRASSI E PER LA TEORIA	83
Lorenzo Picotti	

PARTE II: INTERVENTI

QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE	97
Antonio Cavaliere	

UN POSSIBILE UTILIZZO DEI SISTEMI DI IA PER LO STUDIO DELLA PRASSI COMMISURATIVA	119
Fabio Coppola	

PRASSI, TEORIA, LEGISLAZIONE	131
Stefano Fiore	

LA DIALETTICA TRA TEORIA E PRASSI NELLA DOGMATICA DEL DOLO EVENTUALE	137
Gabriele Fornasari	
INTELLIGENZA ARTIFICIALE E INTERPRETAZIONE DELLA NORMA PENALE	151
Alessio Infantino	
TEORIE E PRASSI DELLA GIUSTIZIA RIPARATIVA	183
Elena Mattevi	
L'ESECUZIONE DELLA PENA IN CARCERE TRA TEORIA E PRASSI	193
Antonia Menghini	
TEORIA E PRASSI DI UN DIRITTO PENALE DEL CLIMA	205
Rosa Palavera	
PARTE III: CONTRIBUTI	
QUANDO LA VITTIMA DEL REATO È IL MINORE: STRUMENTI E RIFLESSIONI PER UNA CORRETTA AUDIZIONE	243
Giada Alessandrone	
IMBRIGLIARE LA PRASSI DEL PUNIRE: LE <i>CHANCES</i> DISPERSE DI UNA TEORIA DELLA RISPOSTA AI REATI	265
Luciano Eusebi	
«REPRESSIONE È CIVILTÀ (*)»? A PROPOSITO DI VIOLENZA SESSUALE, FEMMINICIDI E RUOLO DEL DIRITTO PENALE	275
Adelmo Manna	
INUTILITER DATO	305
Vincenzo Bruno Muscatiello	
LA CONSUMAZIONE DEL REATO TRA TEORIA E PRASSI. MUOVERSI SUI CONFINI	355
Beatrice Panattoni	
I LUOGHI DI PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE DEL MIGRANTE NEL DIBATTITO SULLA MATERIA PENALE	381
Filomena Pisconti	
IL CONCETTO <i>ONNIVORO</i> DI SICUREZZA	393
Gianluca Ruggiero	

GIURISPRUDENZA E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE

Luís Greco¹

Prof. Dott., LL.M. (München), Humboldt Universität zu Berlin

I. INTRODUZIONE

È un grande piacere essere per la prima volta a Urbino, casa dell'amirato professore Monaco e del mio amico di vecchia data, il professore Alessandro Bondi. Nei trenta minuti assegnati, parlerò di *giurisprudenza e scienza del diritto penale* da una prospettiva prevalentemente tedesca. Scelta che si spiega con la mia biografia e con la convinzione che, in Germania, il rapporto tra scienza giuridica e giurisprudenza sia vicino all'ideale.

Procederò quindi in due tappe. La prima, offrirà una panoramica empirica del rapporto tra teoria e pratica penale in Germania (*infra* II). La seconda, abbozzerà una riflessione sulle condizioni e sui limiti di questo rapporto (*infra* III).

II. CONSIDERAZIONI GENERALI SU BASE EMPIRICA: IL RAPPORTO TRA TEORIA E PRATICA NELLA REALTÀ DEL DIRITTO PENALE TEDESCO

Si sottolinea — e spesso si elogia — il fatto che la giurisprudenza tedesca è attenta alla riflessione dottrinale²: gesto niente affatto scontato

1 Traduzione e adattamento di Alessandro Bondi, Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo.

2 Loos, *Grenzen der Umsetzung der Strafrechtsdogmatik in der Praxis*, in: Immenga (a cura di), *Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, p. 261 sss. (263 ss.); Hirsch, *Zum Spannungsverhältnis von Theorie und Praxis im Strafrecht*, Festschrift für Tröndle, 1989, p. 19 s.; Roxin, *Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft*, in: Eser/Hasemer/Burkhardt (a cura di.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 369 s. (383 s.); cfr. anche Jestaedt, *Wissenschaft im Recht*, JZ 2014, p. 1 s. (10); Kudlich/Christensen, *Die Methodik des BGH*

nella tradizione giuridica «romano-germanica» o «europeo-continentale». Questo giudizio positivo è però contestato da Accademia e Prassi.

Degli *accademici*, si prende ad esempio Schünemann che rimprovera alle Corti supreme di non dedicare sufficiente attenzione alla dottrina³, utilizzandone arbitrariamente modelli interpretativi per sostenere una decisione già presa⁴. Dei *pratici*, basti citare Fischer, ex giudice del *Bundesgerichtshof* (l'equivalente tedesco della Corte di cassazione italiana) che rimprovera all'Accademia di non conoscere la prassi e le sue esigenze, definendo dottrina e giurisprudenza come «*due strani mondi*»⁵.

Rimanere con i piedi per terra, guardare la realtà, evitare di perdersi in speculazioni autoreferenziali mi sembra il miglior modo per iniziare a riflettere su come la giurisprudenza si rapporti alla dottrina (*infra* 1.) e la dottrina alla giurisprudenza (*infra* 2.).

1. LA DOTTRINA AGLI OCCHI DELLA GIURISPRUDENZA

Non è raro che le decisioni delle corti superiori (per il diritto penale, il *Bundesgerichtshof*) citino pubblicazioni scientifiche. Ma questo dice poco, occorre precisare. Per farlo, proporrò esempi tratti dalla parte generale del Codice penale, così da facilitare la spiegazione a chi non conosce il sistema tedesco.

a) Casi in cui l'interpretazione giurisprudenziale concorda con quella dottrinale. È condizione in cui i tribunali tendono a privilegiare i propri precedenti, e sono situazioni più comuni di quanto si possa pensare. Un esempio è l'impossibilità di configurare istigazione o complicità, quando il reato principale non è solo formalmente consumato ma anche materialmente

in Strafsachen, 2009, p. 1: «Il divario tra teoria e pratica esiste, ma non è così profondo come il pathos della prosa scientifica farebbe pensare»; Nack, *Das Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Praxis in der Strafrechtspflege*, in: Tiedemann et al. (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege*, 2016, p. 467 s., con una serie di esempi.

3 Schünemann, *Was heißt und zu welchem Ende betreibt man Strafrechtsdogmatik?* GA 2011, p. 446 s. (458).

4 Schünemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, FS Roxin I, 2001, p. 1 s. (6); analogamente Radtke, *Gestörte Wechselbezüge? Zum Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung*, ZStW 119 (2007), p. 69 s. (81 s.).

5 Fischer, *Strafrechtswissenschaft und strafrechtliche Rechtsprechung – Fremde seltsame Welten*, Festschrift für Hamm, 2008, p. 63 e ss. (67); Id, *Noch einmal: Dogmatik und Praxis des Strafrechts*, Festschrift für Schünemann, 2014, p. 41 ss. (49).

esaurito⁶. Chi nasconde o vende l'oggetto di un furto non è concorrente in questo reato, semmai reo di ricettazione o favoreggiamento. In questi casi, può accadere che venga citato anche uno studio della dottrina che, però, avrà spesso natura solo descrittiva dei precedenti giurisprudenziali. In pratica: un'autocitazione indiretta⁷.

b) Casi in cui l'interpretazione giurisprudenziale è contestata dalla maggioranza degli studiosi di diritto. Un esempio è la possibilità di concorrere in un reato già formalmente consumato, ma non materialmente esaurito: chi aiuta il ladro che fugge con l'oggetto del furto in mano è complice del furto? La giurisprudenza sostiene da tempo la complicità⁸, la dottrina maggioritaria la nega con forza⁹. Questi sono i casi in cui la giurisprudenza guarda solo sé stessa, a volte citando un commentario che descrive l'orientamento giurisprudenziale, senza preoccuparsi affatto di rispondere alle critiche della dottrina.

c) La giurisprudenza non ignora sempre la dottrina. In rari casi, giurisprudenza consolidata è stata modificata, cedendo alle critiche rivolte dalla dottrina nel corso di anni, se non di generazioni. L'esempio forse più noto è stato l'abbandono, nel 1994, del reato continuato: in Germania, istituito senza alcuna previsione legale. La decisione del *Gran Senato* (BGHS 40, 138), non solo ne riprende la storia legislativa e giurisprudenziale, ma offre pure una sintesi delle critiche rivolte dalla letteratura penalistica (*Id.*, 146 ss.). Un altro esempio interessante è il rapporto tra *Totschlag* (omicidio) e *Mord* (assassinio¹⁰) da cui dipende il regime del concorso di persone nel reato che

6 RGSt 23, 292; 58, 13 f; 71, 193 f; RG JW 1934, 837; RG HRR 1940, Nr. 469; OGHSt 2, 50, 59 s.; 2, 209s.; 3, 1, 3; BGHSt 3, 40, 43 f; 4, 132 f; 6, 248, 251; 19, 325; BGH VRS 16, 267; BGH in Dallinger MDR 1967, 726; BGH NSTZ-RR 1997, 319; BGH NSTZ 2007, 35; NSTZ 2008, 152; NSTZ 2008, 284; NJW 2008, 1460 (numero a margine [nm.] 12); NSTZ 2010, 522; NSTZ 2011, 637 (638); NSTZ 2012, 264; NSTZ 2012, 316; NJW 2013, 2211 (nm. 5); NSTZ 2013, 463 (464); NJW 2015, 2903 (nm. 14); NSTZ-RR 2015 13 (14); BeckRS 2017, 109821 (nm. 4); NSTZ-RR 2021, 273 (275); NSTZ 2022, 219; NSTZ-RR 2023, 49 (50); riferimenti tratti da Schönemann/Greco, LK § 27 nm. 41.

7 Ad esempio, la decisione BGH NSTZ 2007, 35 che cita il commentario di Tröndle/Fischer, o BGH NSTZ-RR 2023, 49, che cita altro commentario di Fischer.

8 Da BGHSt 6, 248, del 1954.

9 Riferimenti dottrinali e discussione in Schönemann/Greco, LK § 27 nm. 43 s.

10 Il termine 'assassinio ha connotazioni criminologiche più che penalistiche in senso stretto. Qui si preferisce a una possibile alternativa, *omicidio di primo grado*, perché non richiama un diretto riferimento alla tipologia del dolo. In pratica, si privilegia la capacità evocativa del fenomeno rispetto all'incerta corrispondenza giuridica. La soluzione è imperfetta. In generale, sui falsi amici nella

non posso qui descrivere per ragioni di tempo (§ 28 I o II StGB)¹¹: mentre la dottrina considera il *Mord* come una qualificazione del *Totschlag*, la giurisprudenza lo considera un reato *sui generis* sin dalla decisione BGHSt 1, 368 del 1952. Solo con la decisione ripresa in BGH NJW 2006, 1008 (1012 ss.), la Corte di Cassazione Federale riconosceva l'importanza della critica dottrinale; tuttavia, nonostante le aspettative, nulla è cambiato. La prima decisione, pubblicata dopo la ricordata sentenza del 2006, nemmeno nominava le perplessità dottrinali; preferiva citare un precedente giurisprudenziale e un commentario compilativo-descrittivo, finendo per etichettare la posizione come giurisprudenza consolidata¹².

d) *La dottrina è presa ancor meno in considerazione quando solo una sua parte, in genere minoritaria, si oppone a giurisprudenza consolidata.* Molti autorevoli studiosi ritengono che l'evento si possa imputare, quando un ipotetico comportamento conforme al dovuto avrebbe ridotto l'aumento del rischio (*teoria dell'aumento del rischio*) e non solo, come fa la giurisprudenza, quando quell'evento sarebbe stato evitato con una probabilità vicina alla certezza (*teoria dell'evitabilità*)¹³; o che nel dolo vi sia solo una componente cognitiva e non anche volitiva¹⁴; o che vi sia coautoria soltanto quando il contributo si realizzi nella fase esecutiva e non in quella preparatoria del reato¹⁵. Tuttavia, quando la giurisprudenza può contare su un forte sostegno dottrinale, difficilmente considera posizioni minoritarie della dottrina: preferisce citare sé stessa, direttamente o, indirettamente, rinviando a un commentario compilativo-descrittivo.

Rappresenta invece un'eccezione la decisione ripresa in BGH NStZ 2019, 511 (512 nm. 52 ss. 61 ss.)¹⁶. Qui la giurisprudenza ha cercato di rispondere a un'opinione minoritaria della dottrina, affrontando la rilevanza dell'*error in personam* di un coautore verso gli altri coautori. In proposito, si registrava un precedente giurisprudenziale del 1957, sostenuto dalla

traduzione giuridica dal tedesco, si rinvia al brillante e chiaro articolo di G. Fornasari, *Quindici «falsi amici» da cui guardarsi. Problemi nella traduzione tedesca in ambito penalistico*, in «DP XXI» (2019), 246–256: 255.

11 In dettaglio, Schönemann/Greco, LK § 28 nm. 73 s.

12 BGH NStZ 2008 273 [nm. 13]; vedi in seguito BGH NStZ 2015 46; StV 2015 288 (289).

13 Sulla questione, con approfondimenti, Roxin/Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 5. ed., 2020, § 11 nm. 88 sss.

14 *Ibidem.* § 12 nm. 21 sss.

15 Schönemann/Greco, LK-StGB, § 25 nm. 203 sss.

16 Con nota di Heuser ZJS 2019, 529; Rückert HRRS 2019, 245.

dottrina dominante ma molto contestato (BGHSt 11, 268). Difatti, erano stati condannati, come coautori di un tentato omicidio, tre rapinatori che si erano messi d'accordo di sparare per uccidere, laddove fossero stati inseguiti: così avevano fatto sparando, però, a uno dei loro scambiato per un inseguitore¹⁷. Nella sentenza del 2019, la BGH si è infine confrontata con la ormai decennale disputa, fornendo un'ulteriore argomentazione, forse perché la questione era tanto interessante quanto rara.

e) Esclusi i rari mutamenti della giurisprudenza (sopra c), quand'è che la dottrina viene considerata con regolarità? Mi sembra che ciò avvenga quando si tratta di questioni nuove sulle quali non esiste una giurisprudenza consolidata.

Esempi a suffragio di questa ipotesi sono difficili da trovare nella Parte generale del Codice penale, giacché la legislazione di riferimento è cambiata molto poco. Degna di nota, tuttavia, è la decisione del 2000 sulla c.d. complicità neutrale (BGHSt 46, 107): dove la BGH affianca alla poca giurisprudenza, anche la posizione della dottrina e adotta una soluzione molto vicina a quella proposta da Roxin.

Nella Parte speciale del Codice penale, ad ogni riforma legislativa sorgono nuovi problemi. In tal caso, la BGH prende posizione solo dopo aver offerto una sintesi del dibattito dottrinale¹⁸, esposta senza considerare gerarchie o status delle voci dottrinali: non è infatti rara la citazione di studiosi, anche stranieri, che non sono né professori né dottori in giurisprudenza.

f) In breve, la BGH è particolarmente ricettiva nei confronti della dottrina quando vi è un cambiamento nella giurisprudenza o la soluzione di un problema finora non chiarito.

17 V. Schünemann/Greco, LK-StGB, § 25 nm. 199.

18 Mi limito a ricordare: BGHSt 52, 157 (2007), sul concetto di 'strumento pericoloso', in quanto qualificazione del furto, modificata dalla Sesta legge di riforma del diritto penale (6° StrRG) del 1998, BGBl. 1998 I, pag. 164; BGHSt 63, 268 (2018), sul cosiddetto autoriciclaggio (§ 261 IX StGB) – modificato dalla Legge sulla lotta alla corruzione del 20.11.2015 (BGBl. 2015 I, pag. 2025) – con citazione anche di un lavoro del brasiliano Teixeira; BGHSt 66, 137 (2021), sull'associazione a delinquere (§ 129 II StGB) – definita legalmente dalla cinquantaquattresima legge di modifica del Codice penale, del 17.7.2017 (BGBl. I, pag. 2440) – considerando una pubblicazione del brasiliano Montenegro.

2. LA GIURISPRUDENZA AGLI OCCHI DELLA DOTTRINA

Rimane da chiarire il rapporto inverso: come si pone la dottrina rispetto alla giurisprudenza? Una prima difficoltà è capire cosa s'intenda per 'dottrina' che non sia mera pubblicazione riguardante questioni giuridiche diverse dall'essere giurisprudenza o legislazione. La produzione dottrinale si presenta poi in vari formati, alcuni caratteristici della Germania.

a) I manuali prevalentemente didattici prendono molto sul serio la giurisprudenza. La maggior parte degli esempi ormai classici riportati nei manuali non riguardano *Tizio* o *Mevio*, ma casi reali presi in esame da giurisprudenza reale. In ogni nuova edizione, vengono aggiunte e discusse le sentenze più importanti, tra quelle recenti, che gli studenti devono conoscere per ottenere buoni risultati negli esami.

b) La giurisprudenza finisce quindi per costituire gran parte del contenuto della letteratura dedicata alla didattica. La pubblicazione di una decisione giurisprudenziale segna l'inizio di una corsa dottrinale in quattro tappe: la prima, sono le note a sentenza (*Urteilsanmerkungen*), in genere pubblicate in riviste, sotto forma di brevi testi in calce alla disposizione commentata; la seconda tappa, è costituita da articoli scientifici pubblicati mesi e pure anni dopo la decisione; la terza tappa sono le monografie, di solito tesi di dottorato. La quarta tappa è la sintesi delle tre tappe precedenti raccolte nei grandi commentari giuridici (*Großkommentare*) che, per il diritto penale, sono il *Leipziger Kommentar*, il *Systematischer Kommentar*, il *Münchener Kommentar*. Di questi quattro tipi di pubblicazione, la nota a sentenza e il commentario sono di particolare interesse per gli studiosi stranieri.

c) La nota a sentenza. È un mini-articolo, che va dalla mezza pagina alle cinque pagine, pubblicato in calce ad una sentenza. Presuppone che il lettore conosca la decisione e la posizione della giurisprudenza in un contesto più ampio, offrendo elementi critici per valutare la correttezza delle argomentazioni e delle conclusioni raggiunte. Le decisioni più importanti, di solito così definite dalla Corte che ne dispone la pubblicazione nella raccolta giurisprudenziale ufficiale (la rivista BGHSt), sono talvolta oggetto di più annotazioni. Tuttavia, non è raro che pure le decisioni che non rientrano in questa categoria riscuotano l'interesse della dottrina: gran parte del dialogo tra dottrina e giurisprudenza avviene in questo modo.

d) *Il commentario*. È un tipo di pubblicazione che ha caratteristiche e importanza peculiare in Germania¹⁹. I *commentari brevi (Kurzkommentare)* rispondono alla necessità dei professionisti di essere informati in maniera rapida e affidabile sullo stato della giurisprudenza e delle questioni correlate²⁰. I *commentari grandi (Großkommentare)* riprendono in molti volumi pressoché ogni interpretazione giurisprudenziale e dottrinale in merito alla disposizione legale commentata. A seconda dell'autore, prese di posizione personali occupano più o meno spazio, ma tutti gli autori sono chiamati a descrivere lo stato dell'arte in materia.

In Germania, è proprio il commentario, in particolare quello *grande* a fungere da ponte tra la teoria e la prassi. In tribunale e nelle università, si consultano prima i commentari per conoscere lo stato attuale di dottrina e giurisprudenza. È importante notare che molti commentari non sono scritti solo da accademici, ma anche da prestigiosi esponenti della prassi. Il *Leipziger Kommentar*, per esempio, è nato grazie alla curatela di giudici di Cassazione²¹, tant'è che il suo nome richiama Lipsia: la sede del *Reichsgericht*

In breve: quasi ogni genere di pubblicazione dottrinale è dedicata, in diversa misura, alla discussione giurisprudenziale. Sebbene la Germania sia internazionalmente nota per la sua elaborata dottrina, raramente il dibattito è circoscritto ai soli professori. Il più delle volte è un'occasione molto concreta, sia essa una modifica legislativa o una decisione giudiziaria, a portare nell'orbita accademica la questione.

3. OSSERVAZIONE INTERLOCUTORIA: UN RAPPORTO ASIMMETRICO.

È il momento di confrontare le due prospettive esaminate. Si è visto che, di routine, la giurisprudenza considera la dottrina solo quando vuole cambiare indirizzo o statuire su una nuova questione. D'altro verso, la dottrina, ovunque impegnata, rimane interessata alla giurisprudenza. Ne deriva una significativa asimmetria: la dottrina è più interessata alla giurisprudenza che la giurisprudenza alla dottrina.

19 Sulla storia di questo genere di pubblicazione Kästle-Lamparter, *Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, 2016.

20 Il principale oggi è quello di Fischer (70. ed., 2023), che lo ha ereditato da Tröndle, che lo ha ereditato da Dreher, che lo ha ereditato da Schwarz, che lo ha inaugurato nel 1932.

21 La prima edizione del *Leipziger Kommentar*, pubblicata nel 1926, è stata curata da Ebermayer, Lobe e Rosenberg – tutti e tre erano consiglieri del Reichsgericht. Oggi, ci sono anche professori tra i curatori del commentario (nella 14. ed., 2024: Cirener, Schluckebier, giudici del BGH; Radtke, professore e giudice del BVerfG; Rönnau, Greco, professori).

III. UN APPROCCIO TEORICO: CONDIZIONI E LIMITI DEL RAPPORTO TRA TEORIA E PRATICA NEL DIRITTO (PENALE)

Avvicinandomi alla conclusione, vorrei fissare alcuni punti necessari per una riflessione teorica su quanto finora descritto. Non si vuole così offrire una teoria ideale sul rapporto tra dottrina e giurisprudenza, bensì una prima approssimazione di alcuni aspetti che, a mio avviso, dovrebbero essere considerati da chi voglia realizzare una tale teoria. La mia speranza è che questi aspetti possano essere utili per valutare non solo la realtà tedesca, ma pure quella di altri ordinamenti giuridici.

Partirò dall'ovvia considerazione che, nel diritto, la pratica precede la teoria, sia cronologicamente sia logicamente: il *giudice precede il giureconsulto*. Sentenze sono state emesse prima che la dottrina iniziasse a commentarle. Questa ovvietà spiega l'asimmetria osservata. La dottrina è per lo più riflessione critica sulla giurisprudenza. Una riflessione necessaria perché una decisione giudiziaria non è solo un atto di autorità da parte di chi ha il potere d'imporla, ma è anche un *ragionamento*, ossia premessa che porta a una conclusione che ha la pretesa di essere corretta e, persino, di corrispondere a verità²². Questa pretesa può essere messa alla prova dalla dottrina, perché la qualità di un ragionamento non dipende dall'autorità o da un potere speciale, ma dalle argomentazioni prodotte. Pertanto, l'attività giurisprudenziale e quella dottrinale coincidono nella sostanza: condizione necessaria per avere una relazione, perché non può esserci dialogo se non c'è qualcosa in comune.

Tuttavia, questa coincidenza è, giustamente, solo parziale, perché non c'è dialogo ma un monologo se non c'è qualcosa di diverso. Il giudice fonda il suo ragionamento partendo dai casi concreti con cui si confronta; il dogmatico sceglie le questioni, concrete o astratte, da approfondire in base ai propri interessi. Il giudice ha l'obbligo di decidere (divieto di *non liquet*), il dogmatico può lasciare aperta la questione riservandosi di riprenderla in futuro. Il giudice ha di fronte a sé persone reali, il dogmatico pensa a persone universali e astratte. Il giudice decide il caso applicando concetti, in genere legali, eventualmente derivanti da teorie, ma raramente crea teorie e, tantomeno, le combina per realizzare un sistema. Teorizzare e sistematizzare sono, a loro volta, compiti della dottrina. Il giudice è sottoposto all'imperativo della continuità. *Ceteris paribus*, una linea interpretativa

22 Per la concezione razionalista del diritto che sta alla base del testo, Greco, *Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft*, 2015, p. 41 ss.

consolidata non va disattesa solo perché si percepiscono argomenti contrari, poiché probabilmente già esistevano, e sono stati considerati al momento in cui l'interpretazione si è formata. Per contro, il dogmatico predilige l'innovazione. Siffatto imperativo di continuità non è tanto espressione del bisogno di certezza e prevedibilità del diritto, quanto della stessa pretesa di correttezza e verità che ogni sentenza manifesta, e che implicitamente riconosce, finché non trova ragioni convincenti per imboccare altra strada. In generale, la giurisprudenza può accontentarsi di una soluzione soddisfacente, se corrisponde a ciò che ha praticato da tempo, mentre la dottrina cerca la soluzione migliore, quella che dovrebbe essere praticata in futuro. D'altronde, anche se la giurisprudenza si presenta con un ragionamento è pur sempre «*puissance de juger, si terrible parmi les hommes*», cioè autorità, potere: privilegio e responsabilità estranee alla riflessione dottrinale²³.

Queste differenze spiegano molto dell'asimmetria riscontrata. Non meraviglia che la giurisprudenza non si confronti con la dottrina, quando la sentenza è in continuità con i precedenti. Solo con l'acuirsi della critica dottrinale si affievolisce la pretesa di correttezza e di verità che chiede il rispetto del precedente.

Le differenze suggeriscono anche l'*atteggiamento*, lo *spirito* che dovrebbe animare il confronto tra teoria e prassi, in quanto le loro differenze sono forza e debolezza insieme. La vicinanza alla vita e alle persone concrete, la pressione che accompagna la decisione, la responsabilità nell'esercizio del potere, soprattutto, verso chi vi è soggetto, acuisce il senso giuridico dei magistrati, consentendo loro di trovare soluzioni corrette, almeno nella maggior parte dei casi. D'altro canto, la distanza, la calma, le minori pressioni del quotidiano danno alla dottrina il respiro di cui ha bisogno per offrire teoria e sistema alla questione giuridica. Nella riflessione, il giudice deve sempre riuscire a trovare il generale nel particolare; il dogmatico, invece, non deve perdere il particolare nel generale. Giurisprudenza e dottrina dovrebbero perciò avvicinarsi con rispetto e reciproca ammirazione, consapevoli che l'una vede ciò che per l'altra è in un 'punto cieco', in pratica, l'una dà luce all'altra.

Il fatto che la giurisprudenza sia esercizio di un potere, certo impone ai giudici un grave onere giuridico e morale, ma non alleggerisce il compito della dottrina. Rimane, infatti, oggetto di valutazione del dogmatico l'impegno del giudice che, con la motivazione, cerca di trascendere

23 Montesquieu, *De L'Esprit des Loix*, 1748, Livre XI, Cap. 6 (Montesquieu, *Oeuvres complètes*, Aux Éditions du Seuil, 1964, pag. 587).

la dimensione del potere offrendo ragioni al suo agire secondo pretese di correttezza e verità. In tal senso, secondo Schünemann, il mio Maestro, la scienza del diritto sarebbe un «quarto potere» controllato dagli altri tre solo dal potere dell'argomentazione. Io stesso ho definito la scienza del diritto come la «*la scienza della distinzione tra diritto e potere*». Ciò non significa che la dottrina sia al di sopra dei tribunali. Come si è visto, nel diritto la pratica precede la teoria; il giudice, il giureconsulto. Tuttavia, la correttezza e la verità di ogni soluzione dipendono, in ultima analisi, dalla sua integrazione in una teoria e in un sistema che solo la dottrina è in grado di elaborare.

IV CONCLUSIONE

Ho cercato di descrivere il rapporto tra giurisprudenza e dottrina in Germania, evidenziando come l'una vede l'altra (*supra* II), per poi abbozzare una riflessione teorica sul fenomeno descritto (*supra* III). Mi è sembrato importante sottolineare che l'applicazione pratica del diritto e la riflessione teorica sul diritto, illuminano in maniera reciproca i 'punti ciechi' dell'uno e dell'altro, tant'è che dalla loro controparte entrambe non hanno solo molto da insegnare, ma anche molto da imparare.