



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	

RIFLESSIONI SUL DIFFICILE RAPPORTO TRA PRINCIPI E PRASSI

Sergio Moccia

Professore emerito di diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II

1. Da tempo si registra una diffusa crisi del sistema penale, che, per presunte esigenze di efficienza, tende a rinunciare ad importanti garanzie individuali. Un habitus di tipo emergenziale, dalle origini risalenti, caratterizza la 'lotta' alla criminalità, sia nell'attività legislativa che nella prassi giudiziaria: essa non può non destare preoccupazione. Efficienza e garanzia devono procedere di pari passo in un'azione congiunta, in conformità a linee di politica criminale razionale e, cioè, a quanto richiesto dai principi penalistici fondamentali, così come si sono conformati all'interno di un ordinamento ispirato a democrazia. I principi a cui faccio riferimento - di rilievo costituzionale in Italia - rappresentano delle direttive, generali e fondamentali, di derivazione normativa: essi si caratterizzano per la connessione sistematica, la razionalità assiologica e funzionale in coerenza con le opzioni fondamentali che danno impronta ad un ordito normativo da stato sociale di diritto.

I principi possono essere considerati come norme che esprimono sia orientamenti e ideali di politica legislativa, sia come criteri direttivi per l'interpretazione.

Indubbiamente i principi fondamentali del diritto penale hanno la loro origine 'classica' nella nobilissima tradizione giusrazionalistico-illuministica, nonché nella non meno nobile tradizione solidaristica, confluite nello stato sociale di diritto, ma la loro vincolatività può scaturire anche dalla veste normativa assunta come diritto positivo.

Essi sono correttamente desumibili, in via diretta o indiretta, dalla normativa costituzionale, dunque da 'dogmi' di particolare significatività; la loro deduzione avviene attraverso concettualizzazioni che sono il risultato di operazioni di astrazione, generalizzazione, distinzione, connessione e così via, cioè operazioni tipiche della dommatica. E la veste normativa

fondamentale assicura la loro vincolatività rafforzata. Non credo pertanto che la pur utile distinzione tra principi argomentativi e principi dimostrativi possa avere ripercussioni in ordine alla vincolatività dei medesimi.

I principi di derivazione diretta sono dati immediatamente, nella loro portata generale, per esprimere prescrizioni, cioè modelli di 'condotta' per i diversi destinatari (legislatore, giudice, ma anche consociato).

I principi di derivazione indiretta risultano dalla combinazione di differenti disposizioni o parti di queste ultime: essi provengono, comunque, da norme e non possono confliggere con altre norme, dovendo risultare espressioni funzionalmente compatibili e, comunque, derivando da norme, esprimono anch'essi prescrizioni.

Si tratta, come è noto, dei principi di legalità con i corollari riserva di legge, irretroattività, determinatezza/tassatività (artt. 25 co.2 e 3, 13 Cost.); di personalità della responsabilità penale (art. 27 co.1 Cost.); di proporzione e ragionevolezza (art. 3 co.2 Cost.); di materialità (artt. 19, 21, 25 co.2 Cost.); di offensività (artt. 2, 3, 13, 25 co.2 e 3, 27 co.3 Cost.); di sussidiarietà (artt. 2, 3, 13, 25 co.2 e 3 Cost.). Quanto al principio di rieducazione, esso va inteso in un significato 'laico', nel senso dell'integrazione sociale, secondo il combinato disposto delle norme di cui agli artt. 27 co.1 e 3, 3 co.2, 19, 21, 4, 32, 34 Cost.

In entrambe le forme essi rappresentano i valori ispiratori del sistema giuridico di riferimento ed assumono un ruolo fondamentale in ordine alla legittimità ed alla funzionalità del medesimo.

I principi fondamentali a cui facciamo riferimento sono posti a tutela sia dei diritti fondamentali della persona, che dell'interesse pubblico alla difesa sociale. La loro conformazione assiologica e funzionale, attualmente, non sembra sempre caratterizzare attività normativa e prassi giurisprudenziale; ma questo non può costituire un argomento per un disincantato realismo, nei fatti eversivo dei principi, bensì deve indurre ad un impegno costante volto al superamento dell'attuale crisi della legalità costituzionale.

I principi e le regole schematicamente riportati offrono i criteri utili alla definizione dei limiti, naturali, dei diritti fondamentali, quanto alle esigenze di controllo penale di fatti socialmente dannosi. È in rapporto ad essi che vanno valutati i tratti dell'involuzione che ha coinvolto legislazione e prassi.

La piena consapevolezza della dimensione funzionale che va riconosciuta ai principi, non solo nell'ambito di indagini e ricostruzioni di tipo dottrinale, ma anche e soprattutto in riferimento all'attività di normazione e al momento dell'applicazione giurisprudenziale, porta in primo piano

il ruolo strumentale del diritto penale; quale delicatissimo *instrumentum regni*, esso rivela, infatti, chiaramente la sua dimensione politica, perseguendo finalità che riflettono immediatamente i veri obiettivi che lo Stato realizza ed intende realizzare.

In questa prospettiva l'intervento penale si giustifica, nella misura in cui si riesce ad armonizzare la sua necessità per il bene della società con il diritto, anch'esso da garantire, del soggetto al rispetto dell'autonomia e della dignità della sua persona: egli, quindi, non andrà mai considerato quale mezzo per la realizzazione di scopi altrui. In tal modo il soggetto adempie agli obblighi di responsabilità che sorgono dalla commissione del fatto di reato, nell'interesse della società di cui fa parte, senza per questo degradare da 'persona a cosa'.

2. Il principio di legalità sta vivendo diffusamente una forte crisi, sotto diversi profili, molto pericolosa per le ragioni di uno stato sociale di diritto.

In via di premessa a me pare 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 la realtà empirica. Vi è necessità di applicazione, esperienza, conoscenza della tecnica della legislazione e tempo. E non sempre chi fa le leggi, specialmente negli ultimi anni, si è dimostrato in grado di saperle fare – basti pensare, da ultimo, al decreto in materia di *rave-party* -; non sempre l'*iter* procede in maniera ragionevole; è noto, ad esempio, lo stravolgimento dei testi all'ultimo minuto tramite emendamenti di difficile compatibilità con il resto del provvedimento.

Da questo fattore di crisi deriva un altro, non meno preoccupante. Ed infatti, l'osservazione dell'esperienza secondo cui le istituzioni parlamentari non si rivelino all'altezza di legiferare in maniera soddisfacente – specialmente in termini di chiarezza, determinatezza, coerenza logico-sistemica – ha assecondato una tendenza, invero, mai sopita nella giurisprudenza, di emancipazione dalla soggezione alla forma della legge, per costituirsi interprete immediata della coscienza comune, se non del pubblico interesse: si tratta di una diversa legalità di matrice giurisprudenziale correttiva degli errori del legislatore e riempitiva di lacune.

Infatti, 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 e dello Stato. È il caso di notare solo che nelle costituzioni ispirate

allo stato sociale 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. Di qui il 'diritto vivente', di fonte giurisprudenziale, che rappresenta un evidente ridimensionamento del fondamentale ruolo della legge.

È evidente che quando le leggi sono oscure o semplicemente scritte male, l'aspirazione ad una giurisprudenza non oscillante, affidabile, diviene di difficilissima realizzazione. Ma questo non significa che non sia possibile ridurre in termini di 'ragione' ambiti e modalità di esercizio della giustizia penale: la politica dovrà ritrovare le competenze per adempiere degnamente ai suoi compiti o sarà destinata a sparire, con tutto quel che di catastrofico è possibile prevedere.

Quella segnalata per il diritto interno è anche una caratteristica dei provvedimenti normativi che una deludente Unione europea tanto 'generosamente' regala ai suoi cittadini, sovente caratterizzati dalla violazione dei principi fondamentali derivanti dalla tradizione culturale europea dello stato sociale di diritto: quella di cui essere orgogliosi! Così come, sotto il profilo giurisprudenziale è innegabile – si pensi al caso Contrada - che [...] dall'art.7 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte EDU emerge un concetto di legalità totalmente diverso, nel quale rientra anche la decisione giurisprudenziale, che serve a definire prima del fatto il precetto e le conseguenze, purché caratterizzate da conoscibilità e prevedibilità; di qui anche la regola dell'irretroattività in caso di nuovo orientamento giurisprudenziale imprevedibile.

Sul piano strettamente tecnico, a legittimare una tale crisi della legalità ha contribuito la valorizzazione di recenti sviluppi della teoria dell'interpretazione, di derivazione gadameriana, che esaltano il profilo creativo nell'attività giurisprudenziale. Ciò ha dato vita ad un grave equivoco: non si tratta, infatti, di negare l'esistenza di uno spazio ermeneutico, ma di circoscriverlo alla luce dei principi della Costituzione. Dunque, il vincolo del giudice alla legge si esplica anche all'interno dell'attività ermeneutica.

Essa tuttavia, lungi dall'orientarsi al diritto vivente - il che spesso significa, purtroppo, alla tralozia recezione di massime giurisprudenziali, elaborate in relazione a costellazioni fattuali a volte diverse - deve essere illuminata dai principi, ma anche da quel patrimonio ricchissimo di conoscenze costituito dalla dommatica e dalla sistematica, tradotte, in parte, in quei complessi consolidati di regole che sono le parti generali dei codici.

Talora l'attività ermeneutica giurisprudenziale sembra invece allontanarsi da esse, inseguendo pragmaticamente – il che, sovente, vuol dire arbitrariamente – la soluzione ritenuta equitativamente più adeguata al caso concreto. E così, ad esempio, in materia di concorso esterno - posto che si ritenesse applicabile quella clausola indeterminata che è l'art.110 c.p. ai reati associativi, altrettanto indeterminati e che costituiscono una deroga alle norme sul concorso - si sarebbero dovute applicare le norme in tema di concorso di persone. Invece, perfino la giurisprudenza delle Sezioni unite si è ripetutamente discostata da quelle regole, creandone, in via giurisprudenziale, di nuove e diverse. Prima si è affermato, con la sent. Cass. SS.UU. 5 ottobre 1994, Demitry, che concorrente 'esterno' fosse solo quello infungibile, indispensabile, ovvero solo chi prestasse un contributo tale da costituire una *condicio sine qua non*: il che non corrisponde agli orientamenti dominanti in tema di concorso di persone, laddove si punisce pacificamente il contributo soltanto agevolatore. Poi, con la sent. Cass. SS.UU. 30 ottobre 2002, Carnevale, si è affermata la punibilità del concorrente esterno che compie atti idonei, adeguati ad agevolare l'associazione: arrivando, così, a configurare la punibilità eccezionale di un tentativo di concorso. Addirittura, in alcune sentenze – v. in particolare Cass., sez.I, 16 marzo 2000, Proc. gen. App. Catanzaro in c. Frasca - si è giunti ad affermare la punibilità, a titolo di concorso di persone nel reato associativo, del mero accordo, del patto di scambio politico-mafioso che non rientrasse nell'art.416 *ter* c.p.: in palese contrasto non solo con il principio di offensività, ma con la stessa disciplina del concorso: art.115 c.p.! E gli esempi, anche per casistica di altro genere, potrebbero continuare.

Malgrado diffuse esperienze di tal genere segnalò una improvvida recente riforma italiana (l. n.103/2017), che, com'è noto, disciplina innovativamente il rapporto tra le Sezioni semplici e le Sezioni unite della Cassazione nel senso di disporre a favore delle Sezioni unite la possibilità di enunciare il principio di diritto vincolante per le Sezioni semplici: queste soltanto con ordinanza motivata possono provare a determinare un ripensamento da parte delle Sezioni unite.

In tal modo si ritiene di porre un argine all'incertezza ed all'imprevedibilità, ma in contrasto palmare con il principio di stretta legalità. Ed infatti, la novella rappresenta un rimedio che in realtà s'inserisce proprio nello stesso percorso involutivo della legalità che s'intende contrastare: un percorso che porta ad affidare la legalità penale al potere giudiziario. Il principio di legalità reca con sé determinatezza, ossia chiarezza e preci-

sione della norma penale, nonché verificabilità empirica della fattispecie. E tra le funzioni della determinatezza vi è quella democratica e liberale di contribuire a garantire la separazione dei poteri legislativo e giudiziario, la soggezione del giudice alla legge, la limitazione del suo potere discrezionale di ‘determinare’ di propria iniziativa l’ambito del punibile. Certamente, ripetiamo, il giudice ha uno spazio interpretativo, anche ampio, che, tuttavia, trova i suoi limiti nel dovere di interpretazione conforme a Costituzione e, in subordine, alle Carte internazionali e, per la realtà continentale, al diritto primario dell’Unione europea.

Il giudice ordinario non può essere, invece, vincolato alle pronunce di altri giudici ordinari: in tal modo si rischia un irrigidimento conservatore della magistratura, con conseguente difficoltà per il giudice divergente – e, quindi, per il difensore – di contrastare il peso dei precedenti persino con interpretazioni maggiormente conformi a Costituzione. Ma, soprattutto, si erige in sostanza la Cassazione a sezioni unite a fonte del diritto penale.

Sono convinto che la legalità formale, a partire dalla riserva di legge, sia un contrassegno essenziale per lo stato di diritto: serve a garantire ambiti certi di libertà, sia in generale, contro indebite intromissioni nella vita individuale da parte dell’autorità statale, sia in particolare, contro applicazioni giurisprudenziali arbitrarie. Di qui la forte connotazione politica dell’esigenza della supremazia della legge, del vincolo a leggi formulate in via generale ed astratta a cui vanno sottoposte le attività del potere esecutivo e di quello giudiziario.

Va ribadito che il principio di legalità, in tutti i suoi aspetti, si fonda sul postulato della divisione dei poteri, essenziale in democrazia. A decidere *de libertate* è legittimata solo quella istituzione che rappresenta immediatamente la volontà popolare, e cioè il Parlamento che a tale funzione assolve con le leggi: al giudice viene riservato il solo compito dell’applicazione della legge entro gli spazi consentiti da una corretta interpretazione.

3. Altro principio in crisi è quello della sussidiarietà dell’intervento penale, testimoniato da una presenza ormai ‘onnivora’ del diritto penale. Eppure, la sussidiarietà, ancor prima della stretta legalità, è un’aspirazione che circola nel pensiero giuspenalistico sin dall’epoca del giusrazionalismo improntato a laicità. Da quando, cioè, la difesa dei diritti dell’individuo e la ricerca di limiti al potere statale d’intervento cominciarono ad essere avvertite come esigenze centrali del sistema giuridico. E un’emblematica descrizione di Ugo Grozio della sussidiarietà appare, ancora oggi, impec-

cabile: “Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam erigenda praecise obliget” (De jure lib. 2, cap. XX, tit. XX, n.10).

Una volta abbandonate – si spera definitivamente – prospettive irrazionalistiche e di mera repressione in rapporto ad ‘essenze’ e funzioni del sistema penale, ai fini della tutela delle garanzie individuali, ma anche dell’efficienza del controllo di fatti socialmente dannosi, il legislatore deve scegliere tra intervento penale o extrapenale, tenendo presente che l’opzione del primo tipo è legittima soltanto se la sanzione penale è in grado di raggiungere gli scopi che essa può essere chiamata a perseguire.

In altri termini, sia pur con le caratteristiche dell’integrazione sociale, la sanzione penale resta comunque la più grave delle limitazioni a libertà e personalità dell’individuo. Questo dato, raffrontato con i principi posti, tra l’altro, proprio a tutela della libertà e personalità – anche nella loro interazione con i principi di tutela della dignità, personalità della responsabilità penale e rieducazione – impone il ricorso al controllo penale solo quando venga in discussione un bene comparabile a quello della libertà individuale e, inoltre, non risultino disponibili altri efficaci strumenti di controllo sociale che meno incidano nella sfera individuale.

A ciò si aggiunga che l’opzione di *extrema ratio* spinge alla ricerca ed alla sperimentazione di forme efficienti di controllo, alternative a quella penale, ridimensionando pericolose illusioni panpenalistiche e/o pangiustizialiste, destinate il più delle volte a risolversi in sterili ed illiberali rigorismi repressivi. Inoltre, il principio di *extrema ratio* va preso in considerazione anche all’interno di una scelta di criminalizzazione; vale a dire che non opera solo in rapporto all’adozione di opzioni di controllo trascendente l’ordinamento penale, ma è immanente nell’utilizzazione dello stesso intervento penale, nel senso che, una volta intrapresa questa strada, bisognerà controllare secondo criteri di stretta necessità anche forme e misura dell’intervento penale.

In questo contesto va evidenziato il ruolo che è chiamato a svolgere il canone della frammentarietà. Esso fu originariamente evidenziato con accento negativo, ma è stato, dalla fine degli anni Sessanta del secolo passato, rivalutato nella sua funzione di garanzia.

Infatti è possibile considerare tale canone, oltre che funzionale ad esigenze di determinatezza, come una sorta di corollario del principio di

extrema ratio, dal momento che la selezione di talune soltanto delle forme di aggressione a beni giuridici – per l'appunto secondo criteri di frammentarietà – risulta funzionale all'esplicazione dell'attivazione, in termini di estrema necessità, dello strumento penale unicamente in mancanza di altre efficaci forme di controllo sociale.

“La giustizia penale è un male necessario, se essa supera i limiti della necessità resta soltanto il male”, afferma Roxin (Roxin 1966, III, 37), e questa è una verità profonda, che sintetizza in maniera impeccabile le aspirazioni ad un diritto penale laico, liberale, minimo, ma anche razionale ed efficiente. Essa rappresenta mirabilmente una realtà normativa e culturale che vede nel rispetto dell'uomo e delle sue prerogative di autonomia e dignità, in un contesto di solidarietà, la realizzazione di un comune, alto ideale di civiltà e di democrazia.

Invero, una legislazione ed una prassi ispirate ad un eccesso di disinvolto empirismo, espressivo di una valorizzazione del pragmatismo tecnicistico di tipo postmoderno, poco attento al momento assiologico di derivazione normativo-costituzionale, reca con sé il duplice rischio di creare confusione dal punto di vista dell'assetto ordinamentale, con il noto corollario dell'inefficienza, e, inoltre, di trascurare l'aspetto delle garanzie, con grave pregiudizio anche dei diritti fondamentali.

A me sembra, invece, che il territorio in cui si mantengono pressanti le istanze della modernità, ancora da realizzare, è forse proprio quello dei rapporti giuridici, con l'impegno a preservare dei valori di fondo, a costruire modelli nuovi di comportamento, a predisporre nuove modalità e procedure d'intervento, senza rinunciare a conquiste, essenziali, di tipo assiologico, come la fissazione e difesa solenne dei diritti fondamentali a cui la stessa civiltà nel suo complesso non può rinunciare. È questo il settore dove va cercato quel tanto di potenzialità, di esperienza positiva da recuperare e mantenere dal mondo della modernità. Dobbiamo pensare che molte delle potenzialità della modernità, molti dei suoi slanci – accanto anche a delle sconfitte – non sono mai stati davvero attuati e, forse, neanche tentati.

Bisogna, allora, ripensare ad una codificazione che, una volta liberatici di tutto il ciarpame normativo, bagattellare o meno, sotto forma di una Legge penale fondamentale contenga chiare forme di imputazione dei fatti, un sistema di sanzioni, ragionevole, mite ed efficiente, nonché un numero contenuto di gravi figure di reato, riconoscibili ed accettabili dai consociati. Tutto il resto dovrà sparire o essere trasformato in altre, pur sempre contenute, figure d'illecito non penale; solo in tal modo riacquisteranno integral-

mente di significato i principi, essenziali, per uno stato sociale di diritto.

Solo così sarà possibile anche ipotizzare, per la creazione di nuove norme penali, oltre al divieto di una in sé illegittima decretazione governativa, anche procedimenti legislativi più complessi di quelli attuali, in considerazione dei beni essenziali – libertà e personalità – che vengono normalmente in questione con il diritto penale; e con ciò evitare il ricorso alluvionale ad una onnivora, quanto simbolica legislazione penale.

Naturalmente il ‘momento penale’ dovrà essere solo un aspetto di un ampio progetto strategico di tipo politico-sociale, seriamente orientato alla rimozione di quei fattori di disagio socio-economico-culturale, che, di norma, tanta parte hanno nel processo di formazione della devianza criminale.

4. Caposaldo di un diritto penale ispirato ai canoni di civiltà dello stato sociale di diritto, è dato dal principio di offensività. Esso, vale la pena di ricordarlo, esige, in primo luogo, che la legge penale si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano, generalmente, avvertiti come tali: risultino cioè contrassegnati da dannosità sociale – secondo la lezione sempre attuale del giusrazionalismo illuministico – che si esprime, tramite la mediazione del diritto, nell’offesa di beni particolarmente significativi.

Ma anche sotto il profilo ermeneutico si esprime il vincolo del giudice alla legge ed ai principi costituzionali: ciò costituisce un dato ormai acquisito per quel che concerne, ad esempio, proprio il principio di offensività cosiddetto ‘in concreto’, a partire dalla sent. Corte cost. n. 333/1991, in tema di sostanze stupefacenti. Il giudice che, tra due interpretazioni possibili, sceglie quella contraria al principio di offensività, viola una regola ermeneutica fondamentale, quella di un’interpretazione teleologica costituzionalmente orientata. E lo stesso deve valere anche per gli altri principi, come ad esempio quello di personalità della responsabilità penale, evitando, ad esempio, in sede ermeneutica, di avallare forme occulte di responsabilità oggettiva o di posizione – si pensi soltanto alla nota pronuncia Thyssen - Krupp (Cass. pen., Sezioni Unite, 24 aprile 2014 - 18 settembre 2014, n. 38343) – e così via.

Tornando al connotato della dannosità sociale va posto nel debito risalto che esso costituisce la condizione indispensabile perché i consociati possano accettare la criminalizzazione di un fatto e, d’altro canto, il singolo possa legittimamente, nonché eventualmente con proficuità essere avviato al recupero sociale: l’azione di risocializzazione richiede che il soggetto

percepisca con chiarezza l'antisocialità della propria condotta, ovvero l'offesa significativa al bene giuridico.

A mio avviso, quindi, il riferimento all'offesa al bene giuridico resta un punto di riferimento insostituibile.

Sicuramente il concetto di bene giuridico non è in grado di offrire di per sé una formula con cui attraverso operazioni di sussunzione e deduzione si possa agevolmente distinguere la condotta punibile da quella non punibile. Tuttavia, esso è in grado di fornire un'utile indicazione di ciò che può essere legittimamente tutelato con il diritto penale tramite l'interazione di diversi criteri, legati a sussidiarietà, proporzione, ragionevolezza, funzione della pena come integrazione sociale, personalismo in senso laico – quindi chiara distinzione tra diritto eteronomo e morale autonoma – e solidarismo. Ovviamente, questa impostazione pretende la compatibilità delle opzioni con i parametri assiologico-normativi, rappresentati dalla nostra struttura ordinamentale da stato sociale di diritto; come la storia insegna, con altre premesse di fondo gli esiti relativi alla ri/costruzione dell'oggetto della tutela penale e delle forme dell'offesa allo stesso possono mutare radicalmente.

Un primo referente, che opera per la corretta identificazione dell'oggetto della tutela penale, è dato dal fatto che, in un assetto normativo-istituzionale espressivo dello stato sociale di diritto, l'ordinamento deve risultare funzionale alla tutela di libertà e personalità dell'individuo nel contestuale rispetto di prerogative superindividuali. Vanno, dunque, privilegiate le esigenze, solidaristicamente connotate, di una vita di relazione in una struttura sociale in costante evoluzione. La funzione del bene non si esaurisce in un mero 'esser-ci' storicamente inteso, ma si compie nel fatto che esso apre al titolare effettive e concrete possibilità di realizzazione delle proprie finalità.

Questa impostazione non postula un'idea sistematica di valore, assolutamente pre-data, in base alla quale ricostruire un ordine normativo in via assiomatico-deduttiva. S'intende configurare un sistema 'aperto', che sia cioè capace di adattarsi alle concrete contingenze della tutela penale, tenendo effettivamente presente la realtà entro cui è chiamata ad operare. Le valutazioni ordinamentali non sono, dunque, cristallizzate in un modulo normativo imm modificabile, ma è possibile un loro adeguamento all'evoluzione dei rapporti sociali.

Pur in presenza dell'esigenza, sempre attuale, di una riconsiderazione complessiva della normativa nel senso dell'arretramento dell'intervento penale – per l'interazione dei principi di sussidiarietà, frammentarietà, pro-

porzione, integrazione sociale e la valorizzazione di prospettive di efficienza – è innegabile che possa porsi il problema di rinnovate esigenze di tutela dovute a diversi fattori, anche ampiamente differenziati – dallo sviluppo scientifico-tecnologico all'economia – ma l'eventuale disciplina penalistica dovrà comunque essere adeguata ai principi fondamentali. Anche per quel che riguarda più da vicino eventuali 'nuovi' beni da tutelare, a ben riflettere, in molti casi, più che della considerazione di nuove oggettività giuridiche si tratta, in fondo, soltanto di enucleare diverse, magari molto più sofisticate, tecniche aggressive, ma pur sempre di 'affidabili' beni tradizionali.

In realtà, a destare maggiori preoccupazioni è il cosiddetto diritto penale del rischio, 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 o ad un loro notevole affievolimento. In particolare, il riferimento è al bene giuridico e, consequenzialmente, ad affidabili criteri di imputazione oggettiva e soggettiva, con quel che ne consegue in campo processuale in rapporto all'accertamento dei fatti e, dunque, in materia di prova. Ove tali garanzie non dovessero essere assicurate, appare evidente che il controllo penale non possa essere attivato.

In ogni caso, per esigenze non solo di garanzia, ma anche di effettività della tutela, è su altri piani – politico, amministrativo, di organizzazione interna ai vari settori d'interesse – che vanno ricercati ed attivati rimedi contro i rischi – anche gravissimi – 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 consueto uso simbolico del diritto 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.

Infine, va segnalata la significatività, oltre che dell'oggetto della tutela, anche delle modalità di aggressione allo stesso. E dovranno essere prese in considerazione, ai fini di un giudizio legislativo di disvalore penale, solo condotte di particolare attitudine offensiva, per cui anche la valutazione della condotta tipica va espressa in termini di dannosità sociale. Le modalità di aggressione, intese quali manifestazioni ricorrenti ed efficaci nella dinamica di offesa al bene, forniscono un criterio basilare per

apprestare un adeguato assetto di tutela e ciò vale in particolare quando si ha come riferimento un bene ampiamente articolato che può essere offeso con modalità molto differenziate. Infatti, in un caso del genere, quello della modalità di aggressione appare, accanto a quello del bene, il criterio selettivo fondamentale per una sistemazione razionale della disciplina.