



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](http://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](mailto: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	
<b>PARTE III: CONTRIBUTI</b>	
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	

# QUALCHE CONSIDERAZIONE SUI RAPPORTI TRA TEORIA E PRASSI IN DIRITTO PENALE

Antonio Cavaliere

Professore ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Napoli Federico II

## 1. PREMESSA

È difficile cogliere in una visione d'insieme un tema così vasto e complesso come quello dei rapporti tra teoria e prassi in diritto penale.

In effetti, la prassi del sistema penale, su cui occorre riflettere, è anzitutto quella legislativa, prima di quella giurisprudenziale; ma è anche la prassi dell'agire delle forze dell'ordine e dei soggetti del procedimento penale, a partire dai pubblici ministeri; ed è pure la prassi relativa all'esecuzione della pena, specialmente detentiva – a cui, specie in passato, non è stata dedicata la dovuta attenzione –, nonché quella concernente le sanzioni sostitutive/alternative. Del tema della prassi, a tutti i livelli, fa parte quello delle risorse destinate al sistema penale, senza le quali le norme e l'attuazione delle decisioni giurisprudenziali – si pensi al supporto dell'ufficio di esecuzione penale esterna, necessario ai fini dell'effettività dell'esecuzione di misure alternative – non 'camminano' da sé.

Il discorso dovrebbe andare, dunque, ben al di là del tema, pur nevralgico, del rapporto e delle discrasie tra dottrina e giurisprudenza<sup>1</sup>.

Sulla prassi, vista nelle sue molteplici sfaccettature, incidono, interagendo, numerosi fattori.

## 2. LA PRASSI 'SOVERCHIANTE' LA TEORIA

Il richiamo alla necessità di uno sguardo ampio intende suggerire pure che lo studioso di diritto penale sostanziale deve tener conto del conte-

1 Impossibile non ricordare qui il Volume, ricco di significativi contributi, curato da Alfonso M. Stile, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Jovene, 1991.

sto della *gesamte Strafrechtswissenschaft*, anzi deve estendere tale visione integrata all'interdisciplinarietà esterna, aprendosi in particolare agli apporti conoscitivi delle scienze sociali.

La sociologia della devianza e la criminologia, segnatamente quella critica<sup>2</sup>, forniscono infatti contributi essenziali per comprendere non solo i fattori che, nella 'prassi', incidono sui conflitti sociali e sulla criminalità, ma anche sulla realtà dei processi sociali e di quelli istituzionali di criminalizzazione e di *labelling*, ossia di etichettamento come criminali di certe condotte anziché, oppure in misura maggiore, di altre. Esse dimostrano, inoltre, la strutturale e pronunciata selettività del sistema penale, cioè la sua capacità molto limitata di affrontare i fenomeni di criminalità, e pongono la questione delle modalità di funzionamento, *in action*, di tale selezione delle condotte effettivamente punite, tra tutte quelle realizzate. Ancora, esse indicano la funzione reale svolta, nella prassi, dalla sanzione penale, in particolare dalla pena detentiva, ma anche dalle misure sostitutive/alternative e dagli strumenti di *diversion*.

Ignorare tali contributi significa disconoscere la prassi del sistema penale; e la chiusura disciplinare normativistica, che caratterizza ampi settori della dottrina penalistica non solo italiana, finisce per svolgere una funzione di legittimazione e conservazione dell'esistente<sup>3</sup>.

L'interdisciplinarietà esterna, ovvero l'apertura agli apporti di saperi extragiuridici, è indispensabile per comprendere i fattori politici, economici, sociali – compresi quelli relativi alla comunicazione di massa – che incidono sul funzionamento reale del sistema penale ed anche sul ruolo che gli studiosi di diritto penale svolgono o possono svolgere.

La stessa prospettiva storica risulta indispensabile per intendere le dimensioni attuali del rapporto tra teoria e prassi in diritto penale. Il ruolo della dottrina muta con l'evolversi della società e delle istituzioni. Schematizzando, si può forse prospettare una dicotomia tra un'*opinio doctorum* consigliera del Principe, nel senso della razionalizzazione e del consoli-

2 Cfr. per tutti A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale* (1982), Meltemi, 2019, con ampi riferimenti bibliografici; per un'istruttiva esposizione manualistica, cfr. recentemente T. Pitch (a cura di), *Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, Carocci, 2022, spec. 13 ss.

3 E.R. Zaffaroni, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in S. Moccia (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, ESI, 2007, 281, esprime l'esigenza che la dottrina penalistica superi il normativismo ricorrendo felicemente all'immagine della necessità di aprire una finestra sulla realtà: «Sarà sempre preferibile che ci volino le carte, piuttosto che la finestra si chiuda ed il vento dell'uragano finisca per buttare giù la parete».

damento del “reale”<sup>4</sup>, e una dottrina critica dello *status quo* – pur sempre espressiva di nuove istanze sociali e/o istituzionali –, come ad esempio quella di Grozio o di Beccaria; laddove conservazione e critica possono coesistere, com’è probabilmente avvenuto nella costruzione delle teorie penali ispiratrici delle ottocentesche codificazioni del cosiddetto diritto penale liberale, non privo di coloriture autoritarie<sup>5</sup>, e nelle stesse teorizzazioni della Scuola positiva, innovative quanto arroccate sul primato della difesa sociale. Ad ogni modo, in contesti autoritari, di assolutismo più o meno illuminato, ed anche in contesti borghesi, ma pur sempre censurati, la dottrina più autorevole era ammessa ed ascoltata nei palazzi del potere, almeno fintanto che non apparisse ‘irriverente’. In democrazia, ed in particolare nel momento storico attuale, un ruolo incisivo della dottrina è a mio avviso certamente possibile, ma occorre tener conto di condizioni diverse, la cui comprensione richiede quella ricordata visione generale, impossibile senza l’apporto di saperi politici, economici, sociali etc. Dall’angolo visuale del penalista, è possibile dunque solo formulare qualche congettura, quale mero punto di partenza per una riflessione.

In primo luogo, a me pare che attualmente sia il potere politico, sia la dottrina esprimano orientamenti più frammentati che in passato. Il collante delle ideologie, delle concezioni complessive della società e delle istituzioni e, quindi, dei programmi politici ampi, coerenti, di lungo respiro, e degli slanci riformatori collettivi, è ampiamente venuto meno con il passaggio alla c.d. postmodernità, simboleggiato dalla caduta del Muro di Berlino. Ciò, a mio avviso, può concorrere a spiegare la crisi dei partiti tradizionali, la deideologizzazione apparente e parziale – riflessa in nomi ‘pigliatutto’ quali Fratelli d’Italia, Forza Italia, Italia viva, Azione, l’Ulivo, Movimento Cinque Stelle; o, all’estero, Vox, Podemos, Ciudadanos, Alternative für Deutschland, Ensemble, La France Insoumise, Rassemblement National – e il personalismo carismatico che caratterizzano partiti, movimenti e coalizioni nuovi; come pure il crescente astensionismo. La deideologizzazione, come accennato, è solo apparente e parziale: viene invocata in nome del

4 Razionalizzazione che, come la filosofia, rappresenta «il proprio tempo colto in pensieri»; «la civetta di Minerva comincia il proprio volo solo all’arrivo dell’imbrunire»: così G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), Suhrkamp, 1986, *Vorrede*, 26, 28.

5 Cfr. per tutti M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in *Storia del diritto penale e della giustizia*, Giuffrè, 2009, 591 ss., 595: «Tra gli anni Sessanta e Settanta» dell’Ottocento «prende forma un sistema di controllo dalla triplice valenza (severa protezione delle proprietà private, disciplinamento dei ceti più poveri e repressione del dissenso politico radicale)».

pragmatismo, ma in realtà quale riflesso del trionfo di una sola ideologia dominante, quella capitalistica o neoliberista, a seguito del quale non vi sarebbe più spazio per visioni alternative di fondo. Resterebbe solo la possibilità di una navigazione a vista, che affronti le nuove sfide poste dalla globalizzazione e dal progresso tecnologico conservando l'ordine politico, economico e sociale costituito. Ma, in realtà, le differenze ideologiche inevitabilmente rimangono, sia pur con meno evidenza, nettezza e coerenza.

Il conseguente carattere 'liquido' delle attuali formazioni politiche si esprime non solo in gravi carenze di programmi di medio e lungo periodo; bensì pure nella carenza dell'apparato organizzativo, della formazione e del reclutamento di valenti giovani in politica, nello scarso dialogo con la 'base' – tutti fattori che contribuiscono al peggioramento della qualità del ceto politico – e in una disfunzione del rapporto tra politici e 'tecnici', compresi i giuristi: i tecnici paiono meno influenti quali consiglieri stabili, ma possono occasionalmente sostituirsi ai politici – specie su impulso di poteri economici, non avversi a svolte tecnocratiche a spese della democrazia – quando costoro falliscono, per errori politici o per non aver ascoltato consigli tecnici.

Alla debolezza della politica statale corrisponde il sensibile aumento della forza dei poteri economici transnazionali, a causa di una globalizzazione orientata al 'fondamentalismo del mercato' neoliberista. Soltanto gli Stati più potenti e le organizzazioni internazionali che ne difendono assetti ed interessi possono rivendicare nei loro confronti reali spazi decisionali, anche in rapporto alle opzioni politico-criminali, così come in rapporto a guerre, conflitti armati e politiche degli armamenti.

In diritto penale, l'influenza sia del neoliberismo economico, sia di quegli Stati forti e di quelle organizzazioni internazionali è chiaramente avvertibile. Ad esempio, da circa cinquant'anni a questa parte, le opzioni politico-criminali repressive e fallimentari in tema di stupefacenti sono state prese imponendo, attraverso organismi sovranazionali, la *war on drugs* ai singoli Paesi, che hanno assunto obblighi di criminalizzazione non facilmente eludibili né reversibili. Ma considerazioni analoghe valgono, ad esempio, pure in rapporto all'anticipazione/ampliamento della tutela e agli inasprimenti sanzionatori in materia di terrorismo e di corruzione, oppure in relazione alla responsabilità da reato degli enti. Appare evidente che lo spazio per un effettivo ruolo della dottrina penalistica italiana, ma anche di altri Stati, a fronte di una tale 'prassi' normativa sovranazionale tenda ad assumere dimensioni sempre minori.

Sul versante economico, il neoliberismo propone su scala globale il fenomeno – da tempo rilevato in chiave critica da sociologi e criminologi critici e dai settori più sensibili della dottrina penalistica – dell’aumento delle diseguaglianze, della povertà e dell’insicurezza sociale: con il declino dei sistemi pubblici di *welfare* si assiste al passaggio dallo stato sociale allo stato penale<sup>6</sup>. Gli appartenenti ai ceti più deboli e marginali, compresi gli stranieri irregolari, subiscono politiche sempre più repressive di *zero tolerance*, in Italia con i ricorrenti ‘pacchetti sicurezza’, rivolti selettivamente contro forme di criminalità lieve o media di strada e contro il dissenso politico verso un ‘ordine’ economico, politico e sociale che genera diffuso ‘malcontento’<sup>7</sup>. Per altro verso, la menzionata debolezza della politica rafforza la capacità d’influenza dei gruppi di pressione economici anche sul piano nazionale, perpetuando una caratteristica fondamentale dei reati dei colletti bianchi, specie se potenti<sup>8</sup>, rilevata com’è noto già da Sutherland<sup>9</sup>: quella per cui tali autori si valgono del proprio *status* economico-sociale per sottrarsi ai processi legislativi e giudiziari di criminalizzazione, a partire dall’inadeguatezza della normativa in tema, ad esempio, di tutela della vita e salute dei lavoratori, di reati societari, di *lobbying* etc.

6 Così, a livello internazionale e da una prospettiva sociologica, spec. L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Liber/Raisons d’agir, 1999, 7, 10, 18 e *passim*; Id., *Iperincarcerazione. Neoliberismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Ombre corte, 2013, *passim*, spec. 27-28, 30 («transizione da un (semi)welfare state “maternalistico” a uno stato penale paternalista»), 44, dove si parla di una «vasta ristrutturazione del perimetro e delle funzioni dello stato, che ha comportato in modo simultaneo e convergente il restringimento (downsizing) della sua componente welfarista e l’accrescimento (upsizing) delle sue funzioni poliziesche, giurisdizionali e penitenziarie»; 55 ss., 57, ove si registra, con riferimento agli Stati Uniti, il «congiunto arretramento del misero stato sociale esistente» e «avanzamento di un gigantesco stato penale», con conseguente iperincarcerazione selettiva; v. *ivi*, p.101 ss., spec.112. Nella sociologia italiana del diritto penale, cfr. per tutti M. Pavarini, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, 109; nella dottrina penalistica, cfr. spec. S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. Bevere, ESI, 2007, 123-124.

7 Per riprendere il titolo originale dell’istruttiva monografia di Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, trad. it. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, 2002; nuova ed. ampliata ed aggiornata, Einaudi, 2018.

8 Sulla differenza tra criminalità dei colletti bianchi e dei potenti, cfr. V. Ruggiero, *La criminalità dei potenti*, in T. Pitch (a cura di), *Devianza e questione criminale*, cit., 153 ss.

9 E. H. Sutherland, *The White Collar Criminal*, in *Encyclopedia of Criminology*, Branham & Kutash, 1949, 512: «Le persone accusate per *white collar crimes* raramente sono arrestate, sottoposte al rilievo delle impronte digitali, portate dinanzi al giudice penale o mandate in prigione»; cfr. A. Alessandri - S. Seminara, *Diritto penale commerciale, I. I principi generali*, Giappichelli, 2018, 2.

Anche di fronte a tali fenomeni generali del mondo economico, le possibilità di un ruolo critico della dottrina appaiono ridotte, almeno fintanto che esso rimane ristretto entro i confini di un garantismo solo 'endopenalistico' e solo 'negativo', che, cioè, non amplia la critica agli stessi processi politici, economici e sociali di criminalizzazione e non si faccia carico di prospettare, in positivo, alternative di tutela extrapenale dei beni connessi alla soddisfazione dei bisogni fondamentali di tutti i consociati.

E ciò ancor più, in quanto le opzioni politiche ed economiche dominanti vengono veicolate da un enorme megafono costituito dai *mass* e *social media* con più *audience*, che, com'è noto, contribuiscono significativamente ai processi di criminalizzazione. È difficile contrastare un fenomeno psicosociale di dimensioni così pervasive come la quotidiana rappresentazione selettiva di episodi che destano allarme sociale, generando la continua richiesta di interventi punitivi, illusoriamente ritenuti salvifici; richiesta prontamente recepita da un ceto politico che confida, mediante opzioni punitive simboliche, di raccogliere consensi a breve termine, al di là dell'efficacia reale dei provvedimenti. Il meccanismo appare accostabile a quello del *marketing*: amplificazione di una minaccia – prospettazione di un prodotto quale unico rimedio davvero 'forte e sicuro'. Può trattarsi di un deterivo come di una pena.

E così si assiste alla 'perenne emergenza'<sup>10</sup> che genera nuove o più ampie incriminazioni, nuove aggravanti, ulteriori inasprimenti sanzionatori e moltiplicazioni di 'binari' e 'deroghe' repressive. A fronte di ciò, il richiamo alle garanzie del diritto e del procedimento penale, in assenza dell'ampliamento della visuale critica e propositiva cui ho accennato, appare sempre più debole.

Ai processi di criminalizzazione mediatica partecipano, quali 'imprenditori morali' alquanto influenti, esponenti autorevoli della magistratura, che condividono (non importa quanto sinceramente) l'illusione panpenalistica, specie in rapporto ad alcune scelte politico-criminali, norme incriminatrici o istituti e strumenti sanzionatori considerati quali *totem* indiscutibili ed anzi da rafforzare in senso repressivo: si pensi, ad esempio, al proibizionismo in tema di stupefacenti, ai reati associativi, al cosiddetto concorso esterno, alle forme di confisca allargata ed in generale alle misure di prevenzione. Di fronte alla forza mediatica dell'illusione penalistica ed all'autorevolezza di alcuni magistrati noti al grande pubblico, è difficile per

10 S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2<sup>a</sup> ed., ESI, 1997, *passim*.

la dottrina penalistica far sentire la propria voce, specie se dissenziente. Del resto, alcuni di quei magistrati diventano parlamentari o collaborano, negli uffici legislativi dei ministeri, alla redazione delle leggi, in un cortocircuito singolare sul piano della separazione dei poteri.

Da ultimo, anche opzioni politiche, di stampo neoliberalista, relative all'Università ed alla formazione postuniversitaria hanno contribuito ad indebolire il ruolo della dottrina. Mi riferisco anzitutto ai tagli di risorse, alla precarizzazione ed alla tendenza all'efficientismo burocratico nel 'sistema universitario': i primi due fenomeni hanno dato luogo ad una progressiva fuga di giovani e valenti cervelli dall'Università, verso impieghi stabili più rapidamente conseguibili. Si pensi, in particolare, all'abolizione, con la legge Gelmini, della figura del ricercatore a tempo indeterminato e alla precarietà connessa ai cosiddetti RTD, nonché al meccanismo concorsuale dell'abilitazione seguita da eventuale chiamata. L'efficientismo burocratico imperniato sulle soglie quantitative di pubblicazioni, sulla classificazione delle Riviste scientifiche, sui *referees* anonimi e sulle VQR ha indotto un minor impegno qualitativo ed una gerarchizzazione che rischia di penalizzare l'originalità e lo spirito di libertà della ricerca. Si propaga un modello di docente efficientista ed ossequiente, che magari pubblica dieci brevi note a sentenza in fascia A, anziché un articolo serio e approfondito, ma lavorativamente dispendioso in fascia inferiore; e che, in vista dell'approvazione dei 'selettivi' *referees* anonimi di "fascia A", non si discosti troppo dal *mainstream*, orientandosi più verso l'adulatorio commento 'costruttivo' che verso la critica degli orientamenti dottrinali e/o giurisprudenziali dominanti.

Quanto al ruolo della dottrina nella fase *post lauream*, esso è stato sostanzialmente svuotato, attraverso opzioni normative che favoriscono la privatizzazione – è ben noto il fenomeno dei costosi corsi per la preparazione al concorso in magistratura – e la corporativizzazione della formazione giuridica postuniversitaria.

### 3. CRITICA DELLA DOTTRINA

Fin qui ho cercato di raccogliere in un piccolo *cahier des doléances* i fattori esogeni che rendono difficile per la dottrina incidere sulla prassi in materia penale. Ritengo però necessaria anche un'autocritica della dottrina penalistica italiana in rapporto ai contributi che, pure in tale difficile

situazione, potrebbe utilmente apportare alla prassi, intesa nel senso ampio richiamato in precedenza.

Anche la dottrina risente delle temperie culturali. Gran parte di essa, negli ultimi lustri, ha ristretto i propri orizzonti ideali; l'orientamento costituzionalistico non suscita più gli slanci riformatori del passato e la prospettiva di una riforma globale del codice penale pare accantonata a tempo indeterminato. Del resto, l'unico progetto organico, comprensivo della parte speciale, risale allo Schema della Commissione Pagliaro; qui si tratta però piuttosto di limiti di 'committenza' politica. Ad ogni modo, l'aspirazione verso un sistema normativo e verso una corrispondente teoria generale coerente ha ceduto ampiamente il passo alla teorizzazione dei sottosistemi e così ad un crescente particolarismo. Indubbiamente, l'accelerazione del progresso tecnologico e della produzione normativa in tanti settori ed il complicarsi del sistema delle fonti con la crescente influenza di quelle sovranazionali rendono più complesso il lavoro del penalista; tuttavia, anziché cercare di ordinare il molteplice, almeno una parte della dottrina tende ad inseguire le ramificazioni casistiche sia della legislazione emergenziale, sia del 'diritto vivente' – anche in relazione alle Corti europee –, rinunciando alla dommatica, intesa quale lavoro teorico non solo ermeneutico, ma sistematico, retto da principi normativi fondamentali, in grado di orientare legislazione e giurisprudenza verso esiti conformi a certezza del diritto, uniformità e quindi eguaglianza. La tensione ideale verso la critica dell'esistente cede ampiamente spazio alla sua legittimazione, anche in rapporto alla pervasiva normativa penale di fonte internazionale ed europea; si va diffondendo un efficientismo tecnocratico poco attento ai principi.

Anche in dottrina sembrano, dunque, presentarsi non insovente i caratteri della postmodernità. Si naviga a vista, rinunciando ad ampie prospettive politico-criminali alternative; e si assiste ad un diffuso disimpegno teorico-generale, talora sostituito dall'impegno dedicato all'analisi della prassi forense. Ma una dottrina che rinuncia a proporre una visione generale e si riduce a commentatrice delle pronunce giudiziarie – per di più, come è stato autorevolmente osservato, percepita come non imparziale dalla magistratura<sup>11</sup> – perde, anche per questa via, autorevolezza.

11 Tra le cause della modesta «capacità di far presa sui giudici» della dottrina penalistica, G. Fiandaca, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, 2002, 8, annovera un «dato (per dir così) sociologico: buona parte dei professori di diritto penale che insistono nel difendere sul piano teorico i vessilli del garantismo individuale, sono poi quegli stessi che si rendono “sospettabili” di partigianeria culturale quando assumono nel contempo la veste di avvocati difensori di imputati spesso “eccellenti”».

In un certo senso può parlarsi di un neotecnicismo dottrinale, chiuso verso le scienze sociali e verso problemi di legittimazione e concentrato sul diritto vigente, in particolare su quello giurisprudenziale delle Corti supreme interne ed europee; come se il ‘diritto vivente’ si esaurisse nella giurisprudenza ed in particolare in quella di tali Corti, e non coinvolgesse, ad esempio, i processi culturali ed istituzionali di criminalizzazione o la vita nelle carceri, che sono la vera *criminal law in action*. Ad una tendenza tecnicista corrisponde pure l’orientamento ‘realista’ a ridurre la Costituzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale: un orientamento seguendo il quale, per fare uno degli infiniti esempi possibili, sentenze come la n.364/1988 non sarebbero mai state emesse, perché la dottrina non avrebbe mai potuto levare lo sguardo al di là della precedente giurisprudenza della Corte, limitandosi a registrarne la chiusura in materia di scusabilità dell’*ignorantia legis*, sia pure inevitabile. E considerazioni analoghe valgono per la Corte EDU: il dato per cui la CEDU va interpretata sulla base della giurisprudenza consolidata di quella Corte non implica che essa vada solo “osservata” – come suggeriscono le rubriche di alcune riviste giuridiche – e non anche sottoposta a critica. Lo stesso vale ovviamente pure per la Casazione e le sue Sezioni unite.

Una tendenza neotecnicista si avverte pure sotto un altro profilo, legato al rapporto con la giurisprudenza. Anche laddove viene in questione una critica della stessa, oppure del legislatore, si tende comunque ad affidare alla giurisprudenza o ad un suo mutamento un ruolo decisivo, in una sorta di ‘garantismo – soltanto o prevalentemente – giudiziario’. Che si tratti di eutanasia o di ergastolo ostativo, di c.d. concorso esterno o di confine conteso tra concussione, induzione indebita e corruzione, la soluzione degli inconvenienti teorici e pratici viene affidata alla giurisprudenza delle Corti supreme e la prospettiva *de lege ferenda* finisce in secondo piano.

Anche in rapporto ai principi penalistici di rango costituzionale, si è assistito ad un ridimensionamento del valore, ad esempio, dell’*extrema ratio* o dell’offensività c.d. in astratto, in quanto principi non ‘giustiziabili’; ma, a parte l’opinabilità dell’assunto, ciò non dovrebbe comunque comportare la rinuncia della dottrina a richiamare il legislatore all’attuazione della Costituzione.

Sotto altro profilo, un garantismo solo giudiziario si esprime anche nell’orientamento che, dinanzi al fenomeno di evidenza palmare dell’iper-trofia penalistica, esclude la prospettiva di una decisa depenalizzazione, affidando il ruolo di selezionare le condotte concretamente punibili a conge-

gni normativi di tipo sostitutivo, sospensivo, estintivo, sempre rimessi alla discrezionalità giurisprudenziale; con tutto ciò che ne consegue in termini di crisi della legalità e della certezza del diritto, selettività e diseguaglianza. Infatti, quando si discute di ‘prassi’, non va dimenticato che, specialmente in un processo penale che privilegia il ruolo delle parti, la libertà personale e i diritti fondamentali dell’indagato/imputato finiscono per dipendere anche dalla sua forza o debolezza economica, culturale e di legami sociali: una gestione discrezionale della penality *in action* rischia perciò di esasperare le diseguaglianze, perpetuando il dato, arcinoto nella prassi, per cui le carceri traboccano di soggetti marginali, italiani e stranieri.

Certamente, data la pessima qualità del legislatore attuale, è comprensibile la tendenza dottrinale a rivolgere lo sguardo prevalentemente alla giurisprudenza e alla depenalizzazione ‘in concreto’; tuttavia, bisogna essere consapevoli che un garantismo soltanto giudiziario non è in grado di fornire risposte adeguate ai problemi strutturali del sistema penale e che, quindi, non si può rinunciare a tentare un dialogo anche con la politica e con la società, promovendo la cultura dei principi costituzionali di un diritto penale moderno, sussidiario, da stato sociale di diritto.

La dottrina dispone, invero, di vari strumenti di influenza culturale sulla prassi: si tratta di saperli e volerli utilizzare. Vorrei soffermarmi su taluni di essi.

3.1 Il primo strumento di influenza sulla prassi consiste negli scritti scientifici. Non penso al profluvio, sempre più difficile da seguire, di libri, articoli e contributi in volumi collettanei d’occasione, spesso su argomenti molto specialistici, destinati soprattutto al confronto dottrinale; e neppure tanto alle numerosissime note a sentenza, nonostante il ruolo che esse possono svolgere in rapporto al lavoro della casistica giurisprudenziale. Infatti, dubito che, specialmente con i pesanti carichi di lavoro dovuti all’iperproliferazione penalistica ed all’inadeguatezza delle risorse dell’amministrazione della giustizia, magistrati ed avvocati trovino il tempo per seguire se non molto frammentariamente quella sterminata produzione. Ritengo invece fondamentale il ruolo della manualistica, dei commentari e, in subordine, di monografie sui grandi temi della cultura penalistica.

I manuali, in particolare, hanno formato e formano intere generazioni di giuristi: magistrati, avvocati, funzionari pubblici ed altri operatori del diritto. Una produzione manualistica solida sul piano dei principi e della sistematica, e connotata da chiarezza, ha costituito e costituisce tuttora –

fintanto che rimanga tale e conservi, perciò, autorevolezza – uno strumento idoneo ad orientare nel lungo termine la prassi.

A mio parere, gli autori di manuali, specie di quelli più riconosciuti, hanno perciò una grande responsabilità nel trasmettere il valore dei principi costituzionali e di una coerente visione generale, sistematica dei problemi del diritto penale, arricchendola di eventuali nuovi apporti dottrinali specialistici. E qui mi sia consentito di muovere una critica di fondo: talora quei principi e quella coerenza sistematica non sono difesi neppure nella manualistica, che pare cedere a compromessi con la prassi, minando alle radici il ruolo culturale della formazione universitaria. Non si comprende, a volte, se si tratti di forme di prudente ‘autocensura’, di orientamenti conservatori presentati come ‘sano realismo’ o dell’influenza del postmoderno sulla stessa dottrina. Come che sia, l’esito più deludente consiste nel dato per cui talora si insegna ad intere generazioni di giuristi che i principi costituzionali valgono solo in parte, fino ad un certo punto, a seconda dei fatti e/o degli autori, e che quindi legislazione e prassi possono, quando lo ritengono adeguato, derogare ad essi. Ma, in tal modo, la dottrina perde ogni legittimazione a criticare le deviazioni della prassi, perché in realtà esse sono coerenti con gli insegnamenti ricevuti. La tendenza ad un diritto penale diseguale, diverso per l’amico e per il ‘nemico’, criticata con le labbra, viene in realtà avallata con il pensiero.

Ecco tre esempi, rispettivamente in tema di legalità, teoria del reato, teoria della pena.

Legalità: in dottrina lamentiamo diffusamente il continuo ricorso alla decretazione d’urgenza, ma anche alla delega legislativa in materia penale. La funzione legislativa, specialmente in materia penale, dovrebbe spettare al solo Parlamento e non anche all’esecutivo: quest’ultimo, invece, nel caso dei decreti-legge, ormai s’inserisce talora persino nei tempi stretti della conversione parlamentare attraverso un maxiemendamento e, magari, alla fine pone sul provvedimento la questione di fiducia, forzando l’approvazione parlamentare. Nel caso delle leggi delega, abbondano gli esempi di deleghe vaghe – un esempio recente è dato dalla delega in materia di giustizia riparativa contenuta nella l. n.134/2021 – che rimettono sostanzialmente al Governo opzioni politico-criminali fondamentali. Ebbene, quella parte della manualistica che, pur riconoscendo la ‘pericolosità’ della normazione dell’esecutivo in diritto penale, immediatamente dopo

ammette sia i decreti-legge che le leggi delega in tale materia<sup>12</sup>, si assume la responsabilità di legittimare una prassi sostanzialmente incostituzionale, che infesta la nostra legislazione penale da decenni.

Teoria del reato. Un'autorevole elaborazione dottrinale<sup>13</sup>, ampiamente condivisa in linea di principio, ha portato al riconoscimento, ad opera della giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale, del rango costituzionale del principio di offensività. Tuttavia, nella nostra legislazione esistono moltissimi reati di mera trasgressione, anticipazioni esasperate della tutela penale e finanche norme penali orientate in senso soggettivistico, ossia ad un diritto penale della volontà o della pericolosità. Ebbene, a mio parere costituisce una grave responsabilità di alcuni settori della manualistica il far seguire all'affermazione del rango costituzionale del principio di offensività la legittimazione di deroghe a tale principio attraverso "reati senza offesa" o "di scopo"<sup>14</sup>, che servirebbero a finalità di prevenzione generale pur a fronte di condotte non, o non ancora, offensive, neppure in termini di reale pericolo. Una tale legittimazione settoriale, in chiave di 'deroga' – nella prassi legislativa diffusissima –, prestata ad un diritto penale dell'autore, risulta costituzionalmente inaccettabile, come lo sarebbe, ad esempio, l'affermazione di un principio di responsabilità personale, salve però 'legittime' deroghe in termini di responsabilità oggettiva o addirittura per fatto altrui, sempre per finalità di prevenzione generale!

12 F. Mantovani, *Diritto penale*, XI ed., Wolters Kluwer – CEDAM, 2020, secondo cui uno dei due scopi cui tende il principio della riserva di legge è evitare «l'arbitrio del potere esecutivo: il "soggetto costituzionalmente più pericoloso"», 46; alla fine della stessa pagina, tuttavia, l'illustre Autore ammette la delega legislativa in diritto penale, e più avanti, 59, include tra le fonti di norme penali le «leggi materiali, cioè atti emanati da organi diversi dal potere legislativo, ma aventi "forza di legge"»: cioè atti emanati dal potere esecutivo... evidentemente qui ritenuto non così pericoloso. Per una convincente critica, cfr. spec. G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2023, 51 ss.

13 Mi riferisco specialmente al magistrale lavoro di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, Utet, 1973, 15 ss., 81 ss.

14 F. Mantovani, *Diritto penale*, cit., 200 ss., 228 ss.: nei «reati di scopo (o senza offesa)» «si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino» (228); ma, una volta affermato ciò, è rotto qualunque argine al fiume in piena delle opinioni del legislatore di turno relativamente a quali comportamenti lo Stato abbia «interesse a che non si realizzino». In chiusura della trattazione del principio di offensività e delle relative deroghe in parte ritenute "legittime", l'illustre Autore, *ivi*, 242, afferma: «Il principio di offensività appartiene alla "razionalità", che non sempre si concilia con la "necessità" o i "diritti della paura"». Ciò implica la grave affermazione secondo cui mere istanze emotive/irrazionali di punizione dettate dalla "paura" possano e debbano, talora, prevalere su un principio non solo 'razionale', ma normativo e di rango costituzionale.

Onde evitare equivoci, è opportuno precisare che tutto ciò non ha nulla a che vedere con la necessità di graduare l'offesa e di anticipare la tutela penale: ciò è sempre possibile, a patto di non rendere punibili condotte astrattamente e concretamente "senza offesa"; proprio come, in tema di personalità della responsabilità penale, si può scegliere tra dolo e colpa, ma non punire "senza responsabilità personale".

Teoria della pena. L'art.27 co.3 Cost., com'è noto, dispone che le pene "non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato". Questa disposizione non contiene alcuna deroga. Non si comprende, perciò, con quale fondamento un'autorevole dottrina contemporanea insegni a generazioni di giuristi che, tuttavia, il finalismo rieducativo non vale, quale finalità costituzionale della pena, per delinquenti supposti incorreggibili, individuati sommariamente quali mafiosi, terroristi – e si potrebbe sicuramente aggiungere qualche altro odioso tipo d'autore –, in rapporto ai quali la pena dovrebbe invece avere una funzione di neutralizzazione<sup>15</sup>. Risulta evidente che chi sostiene tale tesi indebolisce la propria legittimazione culturale, in termini di coerenza, a lamentare nei confronti della 'prassi' legislativa la presenza di istituti come l'ergastolo ostativo: perché quale miglior neutralizzazione vi è che "il fine pena mai e poi mai"?

Sempre in relazione alla manualistica e, più ampiamente, all'insegnamento del diritto penale, vi è un diverso problema, relativo alla formazione postuniversitaria. Indubbiamente si assiste, come ho accennato, ad una privatizzazione e corporativizzazione della formazione *post lauream*, indotta, per un verso, dalla normativa – si pensi allo svuotamento del ruolo

15 G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, op.cit., p.21: «La rieducazione deve inoltre cedere il passo, in parte, alla neutralizzazione del condannato, qualora questi non appaia suscettibile né di essere reinserito nella società attraverso l'esecuzione della pena, né appaia sensibile ai suoi effetti di intimidazione-ammonimento. Emblematico il caso degli esponenti di rilievo della criminalità organizzata, dalla mafia alle organizzazioni terroristiche, che conservino collegamenti con l'organizzazione criminale di appartenenza [...] Questa logica trova espressione nella disciplina dettata nell'ordinamento penitenziario agli artt.4-bis e 41 bis, che disegnano un regime speciale di esecuzione della pena detentiva per gli autori di taluni gravissimi reati», non solo relativi, però, alla "criminalità organizzata". Infatti, quando si accetta e, anzi, si legittima un diritto penale d'eccezione per taluni tipi d'autore o di 'nemico', è difficile porre limiti alle eccezioni consentite e ai tipi d'autore eccettuati: ammettendo eccezioni ai principi costituzionali, si rischia invece di rimettere al legislatore la selezione dei 'nemici' o, all'opposto, degli 'amici'. Lo prova la vicenda dell'inserimento, con l. n.3/2019, cosiddetta 'spazzacorrotti', di taluni delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. nell'elenco dei reati 'ostativi' alla concessione di misure alternative alla detenzione, di cui all'art.4-bis ord. penit.; inserimento poi soppresso dal d.l. n.162/2022, conv. in l. n.199/2022.

delle Scuole di specializzazione per le professioni legali ed alla previsione di una scuola *ad hoc* per la formazione degli avvocati, gestita dall'avvocatura, e di una per la formazione dei magistrati, gestita dalla magistratura –; e, per altro verso, dall'*humus* tecnicistico che ha trasformato da tempo i concorsi pubblici per l'ammissione alla magistratura, all'avvocatura e ad altri ruoli giuridici in prove prevalentemente mnemoniche specialistiche e 'presentistiche', in quanto incentrate sull'aggiornamento all'ultima sentenza. Di tale *humus* – e dell'ansia dei giovani che si confrontano con un tale stato di cose, in un contesto di crescente disoccupazione intellettuale – si avvantaggia, non da ora, il lucrativo mercato dell'informazione giuridica: corsi privati economicamente non accessibili a tutti – il che dà luogo ad una selezione per censo degli aspiranti magistrati – e costosi libri professionali, *soi-disant* manuali, che talora assomigliano piuttosto a grossi elenchi – di tipo telefonico – di pronunce giurisprudenziali.

In tal modo si è venuta a creare l'intollerabile percezione di una “doppia verità”: la dottrina forma lo studente universitario, ma dopo la laurea le sue ‘verità’ vengono sostituite dalla ‘verità vera’, quella raccontata dai pratici nelle scuole private o da magistrati o da avvocati nella loro formazione *post lauream*. Non si tratta, beninteso, di rivendicare corporativisticamente un ruolo dei professori universitari nella formazione postuniversitaria, ma, piuttosto, di garantire che il metodo dell'orientamento ai principi costituzionali e della coerenza sistematica, nonché il patrimonio culturale della teoria delle fonti del diritto penale, della teoria generale del reato e della pena, della dommatica, non si disperdano, sostituite magari dall'elencazione casistica dei precedenti giurisprudenziali. Quel metodo e quel patrimonio culturale dovrebbero rimanere comuni a tutti gli operatori del diritto penale; in caso contrario, è lo stesso sistema dei principi costituzionali ad essere sostituito da una sorta di *common law* spuria, con una caduta verticale in termini di garanzie individuali, certezza del diritto ed eguaglianza.

Purtroppo, anche in relazione alla formazione postuniversitaria non si può negare una corresponsabilità almeno di una parte della dottrina. In particolare, vi è stato un certo disimpegno dall'insegnamento nelle SSPL, sotto varie forme; ed è prevalsa la tendenza alla frammentazione delle materie e dei moduli degli insegnamenti. Solo una rifondazione delle SSPL, accompagnata da un diverso impegno della dottrina, potrebbe rendere possibile un'auspicabile formazione postuniversitaria pubblica, accessibile a tutti e di qualità.

Per altro verso, mi sembra di poter dire – *sit venia verbo* – che, allo stato e in presenza dell'*humus* descritto, non vi sia un manuale dottrinale di diritto penale realmente idoneo alle connotazioni attuali della formazione postuniversitaria, che elabori in maniera adeguatamente approfondita, sulla base di una visione generale costituzionalmente orientata e sistematica, l'ampio materiale giurisprudenziale, anziché limitarsi ad inseguire la casistica, come avviene nei succitati 'elenchi telefonici'. D'altronde, in una situazione di formazione privatizzata e corporativistica, un tale manuale dottrinale avrebbe probabilmente scarse possibilità di adozione.

Il discorso relativo alla formazione postuniversitaria riguarda pure le future generazioni della dottrina. L'attuale normativa in tema di reclutamento universitario e la riduzione delle risorse finanziarie contribuiscono ad una precarizzazione che comporta gravi difficoltà e ritardi nell'assunzione a tempo indeterminato, tali da disincentivare le migliori energie intellettuali, e quindi spingerle verso altri sbocchi professionali o verso Università straniere. Ebbene, neppure in tale ambito si può negare che vi sia una corresponsabilità di quell'ampia parte della dottrina che non si è opposta e tuttora non leva a sufficienza la propria voce contro tali riforme, che rischiano di cagionare la desertificazione intellettuale delle Università, specialmente nelle aree scientifiche in cui manca la possibilità di accedere a cospicui finanziamenti privati, come quella delle scienze giuridiche; ed in particolare nell'ambito di quelle materie e ricerche di base che, pur avendo essenziali implicazioni di pubblico interesse – in diritto penale, si sa, sono in gioco i diritti fondamentali della persona –, sono meno interessanti per il 'mercato'. Ovviamente, è molto più facile trovare finanziamenti per una ricerca sulla responsabilità degli enti che per una sull'ergastolo...

Ad ogni modo, negli spazi pur limitati in cui una formazione alla ricerca e all'insegnamento universitario ed un reclutamento sono possibili, occorre portare avanti l'impegno dottrinale a tramandare ai giovani l'orientamento ai principi costituzionali e al sistema: evitando di restringere gli orizzonti all'inseguimento della casistica giurisprudenziale ed inserendo l'analisi di nuovi e non trascurabili problemi specialistici, dal ruolo delle neuroscienze, ai *bitcoin*, all'intelligenza artificiale e così via, pur sempre in una cornice di metodo, principi, sistema, necessaria per governare il molteplice. Ed occorre continuare ad indirizzare verso la qualità della ricerca, evitando di cedere all'ossessione delle soglie quantitative e del *publish or perish*. Altrimenti, il patrimonio della scienza penalistica moderna si disperderà, con esiti di grave regresso culturale.

3.2 Accanto all'elaborazione scientifica in manuali, commentari, articoli e note, la dottrina, in particolare anche quella penalistica, dispone di altri strumenti di influenza sulla prassi. Il più forte ed immediato di tutti è quello costituito dal ruolo di quegli eminenti penalisti che vengono talora nominati giudici della Corte costituzionale. Il 'giudice delle leggi' e, quindi, anche gli esponenti della dottrina che vengono chiamati a far parte della Corte sono corresponsabili dello stato della legislazione penale, nel bene e nel male e, naturalmente, nella misura circoscritta dei poteri della stessa. D'altronde, vi è un ruolo essenziale della dottrina proprio nel preparare il terreno culturale per importanti decisioni della Corte. In relazione alla parte generale del diritto penale, forse la più famosa pronuncia, la storica sent. n.364/1988, si deve alla penna di un illustre esponente della dottrina penalistica quale Renato Dell'Andro; e per giungere a quella sentenza fu necessaria una preparazione dottrinale del terreno culturale, che trovò una magistrale espressione nella nota monografia di Domenico Pulitanò<sup>16</sup>. D'altronde, per fare un altro esempio, solo in un *humus* culturale più sensibile che in passato al principio di determinatezza/tassatività<sup>17</sup> è stato possibile pervenire alle pur poche sentenze di illegittimità costituzionale in materia, a partire dalla n.86/1981 in tema di plagio. Ma sono tanti altri i contributi che la Corte, anche con l'apporto diretto o indiretto della dottrina, ha dato nel senso di eliminare molti tratti autoritari del codice Rocco.

Tuttavia, bisogna pur ammettere che, se vi è stato un diffuso *self restraint* della Corte costituzionale, in materia, ad esempio, proprio di determinatezza, ma anche di offensività – si pensi ad esempio al salvataggio, talora parziale, di norme incriminatrici in tema di sciopero, reati di opinione, reati di sospetto –, di ciò è corresponsabile pure la dottrina. Il richiamo al 'diritto vivente', sovente operato dalla Corte per salvare norme incriminatrici indeterminate nel loro tenore testuale, rinviando alla giurisprudenza, trova sostegno, oggi più che mai, in quella parte della dottrina penalistica che ha sostituito all' 'esaltazione costituzionale'<sup>18</sup> una sorta di 'esaltazione

16 Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè 1976.

17 Si pensi ai lavori di F. Bricola, Art.25, 2° e 3° comma, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, 1981, 231 ss., 256 ss., e di F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, CEDAM, 1979, *passim*.

18 Così definita da F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparativo allo studio del tema)*, in Aa.Vv., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, a cura di A. Pizzorusso - V. Varano, Giuffrè, 1985, 542; ma sulla funzionalità di una tale 'esaltazione' alla costruzione di una dottrina «come concretizzazione di principi direttivi della politica criminale esplicitamente o implicitamente derivanti dalla Costituzione», v. F. Bricola,

ermeneutica'. Eppure quel richiamo al diritto vivente contraddice la stessa *ratio* del principio di determinatezza, che consiste proprio nel limitare quanto più possibile il potere giudiziario di stabilire che cosa sia punibile.

La giurisprudenza costituzionale recente – con l'apporto di autorevoli esponenti della dottrina penalistica – si è assunta, ad esempio, la grave responsabilità di rimettere in questione l'assunto, da tempo ampiamente prevalente in dottrina, secondo cui le misure di prevenzione personali, ma anche pesanti misure patrimoniali quali la confisca di prevenzione e – al di là di frodi delle etichette – la confisca allargata, sono sanzioni sostanzialmente penali e, pertanto, devono risultare conformi ai principi costituzionali e sovranazionali relativi alla materia penale. Estromettere l'intero sistema delle misure di prevenzione da tali garanzie costituisce un regresso in termini di civiltà, anche rispetto alla giurisprudenza della stessa Corte – penso alla sent. n.177/1990 in materia di proclivi a delinquere –, ascrivibile ad una parte della dottrina direttamente o indirettamente, vale a dire sul piano del retroterra culturale. Considerazioni analoghe valgono in rapporto alla recente vicenda dell'ergastolo ostativo: la soluzione compromissoria, adottata dalla Corte costituzionale a partire dalla motivazione della sent. n.253/2019 – che, nella parte finale della motivazione, espresamente riteneva legittimo mantenere l'ergastolo ostativo qualora non si potesse escludere il pericolo, attuale o futuro, del ripristino di collegamenti tra il condannato e la criminalità organizzata –, poi confermata dalla Corte nell'ordinanza n.97/2021 e recepita dal Governo nel d.l. n.162/2022, conv. con modif. dalla l.n.199/2022, si fonda su un retroterra dottrinale incline a conservare l'ergastolo, persino ostativo. E pure all'interno dell'orientamento che, condivisibilmente, si oppone all'ergastolo vi sono, come ho ricordato, posizioni contraddittorie che, in premessa, escludono dal finalismo rieducativo di cui all'art.27 co.3 Cost. taluni tipi di delinquenti da 'neutralizzare'; guarda caso, proprio quelli cui si applica l'ergastolo ostativo.

3.3 La dottrina penalistica italiana può svolgere un ruolo significativo di influenza sulla prassi anche in prospettiva *de lege ferenda*: mi riferisco non tanto alle audizioni parlamentari, che, pur essendo, in astratto, utili a render noto il punto di vista di autorevoli studiosi al Parlamento e, magari, ai settori più informati dell'opinione pubblica, hanno ben scarsa efficacia; quanto, piuttosto, alle varie commissioni di riforma in materia penale, di

*Rapporti tra dottrina e politica criminale* (1989), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, 1997, 235.

cui vengono regolarmente chiamati a far parte professori universitari. Certamente, tali commissioni hanno limiti politici di mandato e, nella temperie culturale attuale, vedono un ruolo primario di esponenti della magistratura e, in misura forse inferiore, dell'avvocatura; il che limita la significatività dell'apporto dottrinale. Tuttavia, anche nel lavoro *de lege ferenda* si mostrano – naturalmente, accanto ad indubbi meriti – limiti e corresponsabilità della dottrina.

Vi è, in primo luogo, un problema di formazione alla tecnica della legislazione. Nonostante Franco Bricola, già cinquant'anni orsono, indicasse la prospettiva *de lege ferenda* quale componente essenziale dell'oggetto della scienza penalistica<sup>19</sup>, periodicamente si è mostrata, per così dire, qualche difficoltà anche del penalista accademico a cimentarsi con l'impegnativo compito di scrivere norme penali. Si potrebbero addurre diversi esempi, relativi a taluni progetti di riforma del codice penale caratterizzati, ad esempio, da norme farraginose e chilometriche; ma anche il lavoro di progettazione promosso, recentemente, dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale sul tema dei delitti contro la persona ha mostrato, insieme, l'importanza e la difficoltà di tale lavoro per giuristi come noi, abituati più a commentare e a sottoporre a critica che a redigere proposte di testi legislativi. D'altro canto, alcuni esponenti della dottrina non possono chiamarsi completamente fuori da ogni responsabilità in rapporto, ad esempio, a recenti, mal congegnate riforme in tema di prescrizione, oppure ad alcuni criticabili aspetti della riforma Cartabia.

Mi soffermo in particolare su due profili problematici del ruolo della dottrina nelle Commissioni di riforma e/o nella stesura di progetti.

Il primo è dato dall'avallo fornito a proposte di legge che contengono puntualmente deroghe o elencazioni casistiche per tipi d'autore e di reati, che contrastano scopertamente con il principio di eguaglianza: una dottrina orientata ai principi ed al sistema dovrebbe contrastare senza compromessi questo perenne sistema penale casistico e dell'eccezione.

Il secondo punto è più complesso e consiste nella tendenza, cui ho già accennato, di ampi settori dottrinali a conservare un diritto penale ipertrofico, nonostante ogni contraria affermazione di principio, affidando la deflazione a meccanismi normativi discrezionali, affidati alle parti processuali e al giudice. L'idea di un'ampia depenalizzazione è da tempo in secondo piano; le depenalizzazioni attuate sono state di portata – talora più,

19 *Teoria generale del reato*, cit., 11-12.

talora meno – limitata e sono state ampiamente sopravanzate dall'introduzione di nuove norme incriminatrici, circostanze aggravanti ed inasprimenti di pena. Le conseguenze di ciò in termini di sovraccarico dell'amministrazione della giustizia penale e di sovraffollamento carcerario sono da tempo evidenti: abbiamo un carico di due milioni di procedimenti penali e la popolazione carceraria, nonostante tutte le misure sostitutive, alternative etc., è tornata a crescere, superando nuovamente la soglia di 60.000 detenuti, a fronte di una capienza regolamentare di circa 50.000. Le sanzioni sostitutive, alternative, sospensive finiscono per espandere la rete del controllo penale, superando lo stesso numero dei detenuti: la popolazione sottoposta ad esecuzione penale esterna è notevolmente aumentata.

Come ho avuto modo di rilevare inizialmente, pare che gli esponenti della scienza penalistica che hanno accesso al dialogo con il legislatore non tengano conto delle acquisizioni criminologiche circa i processi di criminalizzazione, il carattere selettivo della giustizia penale e il ruolo reale che, in un tale sistema ipertrofico, il carcere finisce per svolgere, ovvero quello non di offrire strumenti di risocializzazione, ma di disumanizzare e riprodurre criminalità.

Gli esiti di tale chiusura culturale e di un orientamento che continua, tutto sommato, a non contrastare con nettezza l'illusione panpenalistica consistono, dalla novella del 1974 alla riforma Cartabia, nell'affidare, come ho accennato, la deflazione alla magistratura, attraverso l'introduzione o l'ampliamento di misure sostitutive, alternative, sospensive, estintive, tutte rimesse alla discrezionalità giudiziale.

Una dottrina penalistica ferma nel rivendicare il principio di *extrema ratio* e consapevole delle implicazioni del finalismo rieducativo dovrebbe, invece, promuovere una seria depenalizzazione e la previsione di pene principali – non sostitutive o alternative – diverse dal carcere. Altrimenti, essa si rende, in qualche misura, corresponsabile dell'ipertrofia penalistica della selettività ai danni di soggetti marginali e del sovraffollamento carcerario, con tutti i suoi effetti deleteri sulle persone detenute.

3.4. Un ulteriore ruolo significativo in rapporto alla prassi la dottrina penalistica può svolgerlo dialogando con l'esterno. Il confronto con gli 'addetti ai lavori' non universitari è prezioso, si verifica non insovente, in particolare in convegni e seminari, e va ulteriormente coltivato.

Non meno prezioso sarebbe il dialogo con la società, al di là della cerchia degli addetti ai lavori. Ciò, naturalmente, dipende anche dall'impe-

gno civile dei singoli: un impegno che può essere significativo per la diffusione della cultura penalistica. Su un piano generale, ormai è maturata la consapevolezza della necessità di un impegno dell'Università in relazione ai problemi del proprio territorio di appartenenza. E, al di là dell'impegno individuale, sicuramente può essere utile, sul piano della promozione della cultura penalistica, un contributo di organizzazioni quale la nostra Associazione italiana dei professori di diritto penale nel dialogo con le istituzioni e con la società mediante i mezzi di comunicazione.

Certamente, il pluralismo – sale della democrazia – che caratterizza gli orientamenti ideali e politico-criminali degli studiosi fa sì che l'Associazione non possa esprimere punti di vista che non siano ampiamente condivisi in dottrina. Tuttavia, l'Associazione non dovrebbe tacere quando, ad esempio, si assiste ad una continua normazione emergenziale in tema di sicurezza, sovente in forma di decretazione d'urgenza; quando vengono introdotte nuove incriminazioni spropositate per tecnica legislativa e contenuti, come è avvenuto ad esempio in occasione del decreto c.d. anti-*rave*; quando si decide di 'trattenere amministrativamente' fino a un anno e mezzo, in condizioni di detenzione peggiori che nelle carceri italiane, migranti che hanno il solo grave torto di fuggire da gravi violazioni dei diritti umani o dalla miseria; quando si estende al di là di ogni compatibilità con la Costituzione e la CEDU la legittima difesa domiciliare, ed in altre ipotesi di violazione eclatante dei principi che riguardano 'i delitti e le pene'. Tacendo, essa abdica al proprio ruolo culturale, rassegnandosi ad una prassi distante dalle ragioni dell'essere umano.