

Giovanni Fiandaca

*Intorno a dottrine e interpretazione penalistiche
dal Codice penale Rocco a oggi*

SOMMARIO: 1. Premesse – 2. Uno sguardo d'insieme all'indirizzo tecnico-giuridico tradizionalmente dominante tra metodologia, dogmatica e interpretazione – 3. Segue: orientamenti dottrinali minoritari a carattere anti-formalistico – 4. Sulle dottrine generali del reato: dalla tradizionale influenza della dogmatica tedesca agli sviluppi successivi; accenni all'interazione tra diritto sostanziale e processo – 5. L'approccio costituzionale al diritto penale quale apporto di maggiore originalità della scienza penalistica italiana – 6. Qualche rilievo sulla situazione dottrinale del momento presente

1. *Premesse*

Qualche considerazione preliminare relativa alla angolazione tematica nel cui ambito i promotori di questo Convegno mi hanno proposto di intervenire: 'dottrine e interpretazione'. Invero, entrambi i termini possono essere riferiti all'insieme degli attori della giustizia penale, cioè sia agli studiosi accademici, sia ai giudici nella misura in cui anche la giurisprudenza pratica fa a suo modo dottrina o contribuisce indirettamente alla formazione della dottrina professorale, oltre a interpretare e applicare disposizioni normative ai casi concreti.

La parola 'dottrine' a sua volta, utilizzata al plurale, sottintende non solo una pluralità di orientamenti dottrinali o teorici che dir si voglia, in senso sia diacronico che sincronico, relativi al modo di concepire il diritto penale e di ricostruire i suoi istituti: una varietà di approcci emerge anche sotto il profilo delle dottrine metodologiche, cioè dei metodi di lavoro della scienza penalistica, come pure su quello delle dottrine della funzione interpretativa, la quale nell'universo specifico dei delitti e delle pene può presentare aspetti di maggiore problematicità e delicatezza stante la valenza rafforzata della riserva di legge.

Ciò premesso, rilevo sempre in via preliminare che in un Paese come il nostro tra professori e giudici sono tradizionalmente prevalse e continuano a prevalere discrasie, più che convergenze. Nella prassi giudiziaria, perdura il pregiudizio che la teorizzazione accademica pecchi di eccessiva astrattezza, per cui ignorerebbe o non comprenderebbe bene le esigenze del di-

ritto così come si applica nei tribunali; anche se poi ciò non impedisce un uso contingentemente strumentale di tesi dottrinali, ove queste risultino utili a giustificare o supportare *ex post* scelte interpretative o decisorie ritenute adeguate alla definizione dei casi sul tappeto. Ma è pur vero che negli anni a noi più vicini i canali di comunicazione e scambio tra i due versanti sono andati in qualche misura migliorando; ed è pure progressivamente cresciuta l'attenzione di noi professori verso il cosiddetto diritto giurisprudenziale, che anche nell'ambito del diritto penale ha assunto da qualche tempo un ruolo di sempre maggiore centralità.

Fatte queste premesse, confesso che rivolgere lo sguardo all'evoluzione sia delle dottrine penalistiche sia delle dottrine dell'interpretazione, nell'arco temporale non breve che va dal codice Rocco ai nostri giorni, lo avverto come un compito che implica qualcosa di più di una distaccata riconsiderazione d'insieme – necessariamente sintetica e approssimativa, non ultimo per limiti di spazio – del lavoro di diverse generazioni di penalisti: è come se, nel contempo, mi incombesse l'onere di una sorta di 'autoanalisi' o critica di me stesso come studioso ormai di lungo corso in qualche modo e misura infatti coinvolto, anche di persona, nelle vicende dottrinali da ripercorrere. E questo non può non suscitare riluttante disagio, essendo non poco imbarazzante tentare consuntivi con risvolti anche personali o che riguardano colleghi generazionalmente vicini. Ci proverò, anticipando una richiesta di scuse per il fatto che la mia esposizione risulterà non solo rapidica e molto parziale, ma pure non esente da un ampio coefficiente di arbitrio rispetto a quanto dirò e agli autori che citerò.

2. Uno sguardo d'insieme all'indirizzo tecnico-giuridico tradizionalmente predominante tra metodologia, dogmatica e interpretazione

Un punto di partenza è abbastanza noto. Nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco la situazione spirituale della scienza penalistica italiana maggioritaria è caratterizzata dal predominio dell'indirizzo cosiddetto tecnico-giuridico, nel senso fondamentalmente teorizzato da Arturo Rocco nella celebre prolusione sassarese del 1910 (criticamente rivisitata, a cento anni di distanza, da Donini, Orlandi, Padovani, Pulitanò e chi scrive con rispettivi contributi apparsi nel 2010 nella rivista *Criminalia*). Che dire, in sintesi, dell'insieme della produzione scientifica del periodo in questione? È indubbio che i diversi autori appaiono accomunati – pur con diversità di sfumature – da una adesione più o meno dichiarata a un formalismo normativistico tendente a privilegiare una dogmatica concettualistica

di tipo logico-sistematico sul piano delle dottrine generali del reato, e la ricostruzione positivista di specifiche figure criminose. Ad esempio, una tale linea di tendenza metodologica è testimoniata da lavori dedicati alla categoria dell'*antigiuridicità*, come nel caso della nota monografia di Biagio Petrocelli pubblicata per la prima volta nel 1945¹: dove si sostiene che l'unico concetto di antigiuridicità scientificamente valido è quello di natura 'formale', obiettandosi che la contrapposizione – di origine germanica – tra una antigiuridicità formale e una 'materiale' sarebbe falsa e fuorviante, dal momento che nella violazione stessa della legge penale sarebbe insito o implicito quell'impatto negativo sulla convivenza umana che – a giudizio dello stesso legislatore – funge da fondamento sostanziale dell'incriminazione.

Nell'ambito del suddetto orientamento predominante della dottrina italiana (e, peraltro, non solo di quella del periodo in discussione), la concezione formale dell'antigiuridicità si sposa, infatti, con l'idea di fondo – invero, tutt'altro che originale – secondo cui il compito del diritto penale consiste nell'apprestare protezione a beni o interessi socialmente rilevanti: per cui l'antigiuridicità, ancorché formale, non potrebbe mai prescindere dal riferimento alle motivazioni sostanziali sottostanti alle incriminazioni, connesse appunto alla incidenza lesiva dei fatti di reato su beni o interessi protetti. Scrive, ad esempio, Pagliaro nei suoi *Principi*: «l'antigiuridicità è sempre formale, nel senso che il giurista non può dare rilievo a valutazioni che non siano quelle fatte proprie dall'ordinamento; ed è sempre materiale, nel senso che, per giudicare se un fatto è vietato penalmente, si deve considerare il fondamento teleologico dell'incriminazione. – Se si negasse il carattere formale dell'antigiuridicità, sarebbe offesa la certezza del diritto; se si negasse il carattere materiale, si ricadrebbe in un arido formalismo giuridico, negando al diritto la sua funzione sociale»².

Com'è facile rilevare, l'adozione di un concetto dogmatico di antigiuridicità penale che si pretende formale, e si considera però al tempo stesso aperto alle ragioni teleologiche sottese alle scelte legislative di penalizzazione, ha inevitabili implicazioni sul versante dell'interpretazione delle leggi penali: nel senso che l'attività interpretativa, se non vuole essere soltanto letterale o logico-sistematica, deve anch'essa giovare del metodo teleologico; e su questo, in effetti, è registrabile una tendenziale e diffusa convergenza dottrinale.

Ma in proposito, a ben vedere, si profilano alcuni interrogativi. Fino a che punto l'utilizzo del metodo teleologico, orientato agli scopi di tutela

¹ B. PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Cedam, Padova, 1945 (ultima ed. 1966).

² A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 243.

del diritto penale, consente di mantenersi fedeli a un positivismo normativo a carattere rigorosamente formale? E ancora: fino a che punto l'impiego del metodo suddetto permette di continuare ad attribuire al momento interpretativo una presunta funzione meramente cognitiva, e non anche sostanzialmente politica? Interrogativi di questo tipo non solo non ricevono risposte adeguate; prima ancora, non vengono in realtà neppure sollevati dall'insieme degli autori inquadrabili nell'indirizzo prevalente di cui discutiamo. Ingenuità teorica o consapevole ipocrisia intellettuale?

Quale che ne sia la spiegazione più convincente, certo è che la successiva evoluzione della riflessione dottrinale ha consentito di prendere atto della illusorietà della pretesa teorica di ancorare i concetti della dogmatica o i criteri teleologici dell'attività interpretativa a considerazioni di scopo e a scelte valoriali di esclusiva e univoca fonte legislativa. Bastino in questa sede rapide esemplificazioni. Anche a volere tener conto scrupolosamente dei dati positivi di un determinato ordinamento, l'analisi delle mere disposizioni scritte difficilmente potrà dare allo studioso indicazioni risolutive ad esempio circa il modo di concepire la categoria della colpevolezza, cioè se in chiave prevalentemente funzionalista o garantista³: questa scelta è in non piccola misura condizionata da fattori di natura extratestuale, che affondano in ultima istanza le radici nelle opzioni culturali e scientifiche del singolo studioso. Quanto poi alla funzione ermeneutica, è ormai consapevolezza diffusa, invero anche tra noi penalisti, che l'interprete impegnato a cogliere il senso e gli scopi di tutela delle disposizioni penali non di rado si trova nella difficoltà oggettiva di comprendere quale sia il vero obiettivo, o l'obiettivo prevalente di una data disposizione: per cui nell'interpretazione teleologica finiscono, più o meno surrettiziamente, con l'avere un peso tutt'altro che secondario le preferenze ideologiche e le valutazioni personali dell'interprete di turno⁴. Sicché, in una prospettiva più generale, tenderei a far mie queste recenti affermazioni del giurista filosofo Giorgio Pino: «L'interpretazione giuridica richiede che l'interprete compia molteplici scelte, valutazioni, prese di posizione, spesso non chiaramente esplicitate; scelte che possono talvolta, o anche spesso, apparire come questioni 'tecniche', da trattare con gli strumenti propri di un sapere specialistico, persino ereditati

³ In proposito, rinvio al mio saggio *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1987, p. 836 ss.

⁴ Più diffusamente, G. FIANDACA, *Il giurista (penalista) tra interpretazione, scienza e politica – Un confronto con Domenico Pulitanò*, in *Riflessioni sulla giustizia penale. Studi in onore di Domenico Pulitanò*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 77 ss.

da una tradizione plurimillennaria, ma che sono in larga parte, in ultima analisi, di natura etico-politica»⁵.

2.1. A questo punto, qualche rilievo sui connotati politico-ideologici della prevalente adesione dottrinale all'indirizzo tecnico-giuridico.

È stata per tanto tempo opinione diffusa, tra gli stessi penalisti, che l'adesione maggioritaria al tecnicismo giuridico abbia consentito alla dottrina italiana di mantenersi fedele ai principi basilari del liberalismo penale, senza cedere – a differenza di quanto avvenuto nel caso emblematico della dottrina tedesca – a suggestioni illiberali o decisamente autoritarie. In realtà, ad un approccio storiografico meno superficiale o pregiudizialmente 'autodifensivo' – come quello, ad esempio, di recente rinvenibile nel bel libro di Giandomenico Dodaro su Giuliano Vassalli giurista e politico⁶ –, ci si accorge che il quadro d'insieme risulta più complesso e ambiguo, specie con riferimento agli anni '30 e '40 dello scorso secolo. Non solo, infatti, non era mancato chi – come ad esempio Giuseppe Maggiore, sul quale torneremo nel prossimo paragrafo – si era spinto sino a pronunciarsi a favore della riforma tedesca del 1935 abolitrice del divieto di analogia in materia penale. Anche qualche studioso solitamente celebrato come sicuro propugnatore di un diritto penale a vocazione liberale fu invece, in precedenti fasi del percorso intellettuale e accademico, tutt'altro che immune da propensioni a carattere autoritario. Mi limito qui a citare il caso in questo senso emblematico dell'autorevole maestro napoletano Biagio Petrocelli, che abbiamo sopra richiamato a proposito del concetto di antiggiuridicità: nella prolusione tenuta nel 1941 all'università di Napoli, in seguito all'ottenuto trasferimento dall'università di Bari, Petrocelli giunse infatti a teorizzare che il vero fondamento del principio di legalità penale fosse da individuare – piuttosto che nelle ragioni garantiste poste in evidenza dal liberalismo di matrice illuminista – in una certezza del diritto autoritariamente concepita come principio di ordine, come certezza del comando dello Stato punitore quale presupposto del dovere di obbedienza dei cittadini⁷. Mentre erano

⁵ G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 2.

⁶ G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, Giuffrè, 2022 (se ne veda – volendo – la recensione di G. FIANDACA, *Giuliano Vassalli dal fascismo alla democrazia: luci e ombre di un percorso esistenziale, accademico e politico*, in «Sistema penale», 25 aprile 2023).

⁷ Il testo della suddetta prolusione è pubblicato, sotto il titolo *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1941, p. 3. In proposito, si veda l'accurata ricostruzione di G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia*, cit., p. 150

studiosi come ad esempio Giacomo Delitala e lo stesso Giuliano Vassalli a continuare invece, nello stesso frangente temporale, a sostenere senza equivoci la tradizionale giustificazione liberale del principio di riserva di legge; ancorché la loro contrarietà ideologica all'autoritarismo fascista – come ben emerge dalla citata ricostruzione storiografica di Dodaro – venisse a quel tempo per lo più manifestata in maniera molto prudente e spesso in forma privata⁸.

3. *Segue: orientamenti dottrinali minoritari a carattere anti-formalistico*

Nel panorama dottrinale italiano più o meno coevo non sono, però, mancati studiosi apertamente critici nei confronti dell'indirizzo tecnico-giuridico inteso in senso accentuatamente formalistico.

3.1. Alludo, ad esempio, alla presa di posizione di Francesco Antolisei a favore di un indirizzo 'realistico' nella scienza del diritto penale: il giurista dogmatico e il giurista interprete venivano cioè sollecitati a rivolgere gli sguardi alla realtà sociale sottostante alle leggi scritte e alle caratteristiche dei fatti reali regolati dal diritto, in modo da evitare che si dedicassero a questioni concettuali astratte e a classificazioni puramente formali prive di utilità per l'applicazione pratica delle disposizioni penali⁹. Ma, in effetti, quel che Antolisei intendeva suggerire non era il ripudio dell'indirizzo tecnico-giuridico, bensì una sua correzione o integrazione, così da scongiurare eccessi logico-formali nell'analisi e nella distinzione dei concetti, e minuziosità inconcludenti. Insomma, egli sottolineava l'esigenza di rinvenire punti di equilibrio tra approccio formalistico e approccio realistico, senza però riuscire a delineare un metodo di studio del diritto penale veramente nuovo: per cui le indicazioni più generiche che specifiche desumibili dal suo pensiero sembrano, nella sostanza ultima, proporre non molto di più che una sapiente valorizzazione del metodo teleologico.

Nella direzione sostanzialmente simile di una critica nei confronti di una dogmatica in prevalenza logico-classificatoria si muoveva Pietro Nuvolone: con la prolusione del 1949, intitolata *Introduzione a un indirizzo critico*

ss.

⁸ G. DODARO, *Giuliano Vassalli tra fascismo e democrazia*, cit., p. 138 ss. e *passim*.

⁹ F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1937, p. 121 ss. (riprodotto nel volume *Scritti di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 3 ss.

nella scienza del diritto penale, egli invitava gli studiosi a elaborare principi razionali validi e utili in vista della costruzione delle leggi; ancora una volta, veniva lanciato un monito a non fare dogmatica pura come mera esercitazione logico-formale fine a se stessa¹⁰. Ma neppure dal pensiero di Nuvo-
lone emerge un indirizzo metodologico dai tratti innovativi ben definiti.

3.2. Altri sono però gli autori che, sempre nel periodo considerato, prospettano dottrine metodologiche minoritarie che – almeno nelle affermazioni di principio – assai di più prendono le distanze dall’indirizzo tecnico-giuridico, prospettando orientamenti eterodossi o antiparadigmatici: mi riferisco in primo luogo a Giuseppe Maggiore e a Giuseppe Bettiol, due autori di formazione culturale e orientamento politico molto diversi, ma accomunati da un marcato rifiuto dell’approccio rigidamente positivista (nel duplice senso naturalistico e giuridico), e dall’inclinazione a porre in comunicazione scienza penalistica e filosofia.

a) La posizione di Maggiore, ai fini del mio discorso, è comparativamente meno interessante. Appartenente a una generazione precedente rispetto a quella di Bettiol, Maggiore fu filosofo del diritto di matrice idealistico-gentiliana, prima che penalista: egli passò poi all’insegnamento del diritto penale all’università di Palermo nel 1934, pubblicando un’opera penalistica dal titolo *Principi di diritto penale* concepita come contributo scientifico-culturale funzionale (ahimè!) alla ideologia e alle esigenze repressive del regime fascista, di cui egli divenne un convinto seguace¹¹. E proprio questa sua adesione intellettuale e politica al fascismo ha finito col produrre l’effetto non solo di discreditarlo come persona, ma anche di far apparire censurabile e obsoleta la sua opera forse in misura ancora maggiore di quanto non meritasse.

Tra le sue prese di posizione più trasgressive, mi limito qui a ricordare la decisa contestazione del positivismo legalista e la conseguente svalutazione delle valenze garantiste del principio di riserva di legge, e ciò sino al punto di giungere a condividere ed esaltare la tendenza abolizionista del divieto di analogia in materia penale che – com’è noto - si era affermata nella Germania nazional-socialista¹².

¹⁰ P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, p. 379 ss.

¹¹ G. MAGGIORE, *Principi di diritto penale*, I, Bologna, Zanichelli, 1937.

¹² G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1939, p. 140 ss.

A conferma in ogni caso della complessità del personaggio e di una non trascurabile contraddittorietà e volubilità riscontrabili nell'intero percorso attraversato come studioso, non va però taciuto che Maggiore è passato nelle diverse stagioni della sua vita dall'idealismo attualistico al giusnaturalismo cristiano, da entusiastiche suggestioni a favore del diritto libero e della creatività interpretativa a una successiva rivalutazione del principio di legalità penale e dell'esigenza della certezza giuridica: ma sempre cercando appunto di basare le sue concezioni penalistiche su premesse filosofiche, ancorché mutevoli nel tempo¹³.

b) La posizione più interessante e suggestiva – ma non per questo altrettanto chiara e ben definita – nel reagire al predominante indirizzo tecnico-giuridico è, anche a mio avviso, quella di Giuseppe Bettiol: il suo orientamento antiformalistico (o meglio, contrario a un formalismo esasperato o panlogicismo) fu sviluppato nella celebre opera *Il problema penale*¹⁴, e poi ribadito nel bellissimo e pluriedito manuale, nonché in vari scritti minori.

In estrema sintesi, Bettiol fu una sorta di penalista-filosofo che eterodossamente sostenne – in contrasto con i suoi colleghi tecnico-giuridici – che il diritto penale è una filosofia (oltre che una politica), che il diritto penale tutela valori (piuttosto che interessi) e che tutti i concetti penalistici affondano le radici nella sfera dei valori: di conseguenza, il metodo di studio del diritto penale prende il nome di *metodo o giurisprudenza dei valori*.

Solo che, a ben vedere, le matrici filosofiche del pensiero dell'autore sono rimaste incerte (un misto un po' confuso di neokantismo tedesco, giusnaturalismo cristiano, fenomenologia, ecc.)¹⁵; e invero appare problematico, ai fini di una sua utilizzazione penalistica, lo stesso concetto di valore così come definito dallo studioso padovano all'interno del manuale: valore è «la natura delle cose espressa in termini intellegibili affinché l'uomo se ne possa servire per i suoi fini morali»¹⁶. Un po' troppo generico, in effetti, un tale concetto di valore!

¹³ Per un documentato quadro ricostruttivo in proposito, e per riferimenti bibliografici alla vasta ed eterogenea produzione dello studioso palermitano cfr. G. MARINI, *Giuseppe Maggiore. L'interferenza tra filosofia e diritto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1983.

¹⁴ G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, Priulla, 1948.

¹⁵ Si veda al riguardo, per rilievi più particolareggiati, l'ulteriore saggio di G. MARINI, *Giuseppe Bettiol. Diritto penale e filosofia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1986.

¹⁶ Una tale definizione si ritrova anche nell'ultima edizione del celebre manuale: cfr. G. BETTIOL, L. PETTOLELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1986, p. 87.

Nonostante l'indubbio fascino che – specie a un primo impatto – la teorizzazione di Bettiol ha suscitato, e continuato per anni a suscitare, l'impressione complessiva derivante da una sua rivisitazione più attenta la sintetizzerei così: le premesse filosofiche rimangono una cornice preliminare rispetto al discorso penalistico, la quale non riesce in realtà a integrarvisi in maniera compiuta e non riesce pertanto a conformare davvero la ricostruzione dell'intero sistema penale positivo (eccettuate, beninteso, quelle parti di esso più inevitabilmente condizionate da presupposti filosofici come la teoria della pena o quella della colpevolezza, da Bettiol mantenute fermamente ancorate a rigorosi paradigmi retribuzionistici in una prospettiva di convergenza tra diritto e morale). Sicché, l'enfasi filosofica ed etico-politica posta in linea generale e astratta sul 'valore' come fondamento dei concetti penalistici incideva poco – alla fine – sul dato storico-normativo che l'assetto dei valori tutelati nel codice Rocco risentisse, in non piccola misura, dell'ideologia autoritaria dello Stato fascista.

c) Una certa insistenza nel riferimento ai valori e nella sottolineatura del rapporto di vicinanza tra dimensione giuridica e dimensione etica, con conseguente impiego frequente dell'aggettivo doppio etico-giuridico (con trattino), si rinviene altresì nelle opere penalistiche elaborate negli anni '40 da Aldo Moro¹⁷, giurista dall'ampio retroterra filosofico e dallo stile argo-

¹⁷ Emblematica in questo senso, ad esempio, l'opera monografica A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Priulla, Palermo, 1947, nella quale Moro scriveva: «Nessuna azione ha significato e può essere giudicata, a prescindere dal suo modo di essere di fronte ai valori in cui, per quanto attiene al suo contenuto, si risolve» (*op. cit.*, p. 31); e, altresì, egli rilevava che «la norma penale opera come forza etica, motivando all'adempimento con la sua idea di valore la coscienza del consociato» (*op. cit.*, p. 116). Ancora, l'idea di una stretta connessione tra diritto e morale è presente nelle lezioni universitarie che l'autore tenne fin negli ultimi anni alla facoltà di Scienze politiche della Sapienza di Roma, come con particolare chiarezza emerge da una lezione sulla pena svolta nel gennaio 1976, nella quale la concezione retributiva veniva difesa sulla base di argomentazioni del seguente tenore: «(...) c'è l'idea di un legame; non solo di un legame tra reato e pena, ma di un legame, per così dire, morale (...); ogni visione della pena è ancorata a dati che propriamente vanno al di là del diritto; è ancorata a quel presupposto fondamentale della vita morale, della vita sociale, della vita giuridica che è la libertà, e, quindi, la capacità di merito della pena» (il testo della lezione in discorso è stato di recente riprodotto nel volume collettivo *Contro gli ergastoli*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, A. Pugiotto, Roma, Editrice Futura, 2021, p. 215 ss.). Per una ricostruzione più in dettaglio del pensiero di Aldo Moro, così come desumibile dalle suddette lezioni, si veda il bel saggio di A. GARGANI, *Diritto penale e verità. Una teologia della 'vita sociale' (a proposito delle Lezioni di Istituzioni di diritto e procedura penale di Aldo Moro)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 2006, p. 997 ss.

mentativo raffinato e complesso, anch'egli critico del puro tecnicismo normativistico, da un lato e del naturalismo, dall'altro: ma non si può non prendere atto che il concetto di valore rimane, pure in Moro, generico e vago. Da qui ancora una volta l'impressione che si tratti, in definitiva, di un concetto aprioristicamente sovrapposto dall'esterno al diritto penale positivo oggetto pur sempre di studio, piuttosto che desunto dagli istituti penalistici indagati e sviluppato a partire da questi.

d) Nel panorama dottrinale italiano scarseggiano gli scritti di riflessione metodologica di ampio respiro, che superino i limiti di spazio di un saggio o articolo di dimensioni contenute: fa invero eccezione – e va perciò segnalata – ad esempio una monografia di Luciano Pettoello Mantovani (non a caso, allievo di Bettiol), pubblicata nel 1961 e riedita presso Giuffrè nel 1983, dall'emblematico titolo *Il valore problematico della scienza penalistica*: in questo lavoro monografico viene fortemente stigmatizzato il divorzio tra scienza penalistica e filosofia, o tra scienza penalistica e altri saperi scientifici in grado di fornire conoscenze sui presupposti ontologici e i referenti empirici della responsabilità penale e delle varie fattispecie normative di reato. Nell'auspicare una più stretta interazione tra scienza penalistica, filosofia e scienze altre, lo studioso peraltro si preoccupava nel contempo di tematizzare esplicitamente il carattere problematico di tale interazione: riconoscendo che la scienza penalistica dovrebbe pur sempre rielaborare in maniera (quantomeno relativamente) autonoma le sue categorie, per cui il giurista-penalista si trova in fondo in una condizione spirituale di solitudine.

A ben vedere, anche le riflessioni di Pettoello Mantovani, per quanto acute e stimolanti, rimanevano per lo più generiche.

4. *Sulle dottrine generali del reato: dalla tradizionale influenza della dogmatica tedesca agli sviluppi successivi; accenni all'interazione tra diritto sostanziale e processo*

Nell'approccio alla teoria generale del reato, com'è noto, i penalisti italiani hanno – in particolare dai primi decenni del Novecento – molto risentito dell'influenza della (specie allora) accreditatissima scienza penalistica tedesca: si può dire che pressoché ogni elaborazione dogmatica domestica si è ispirata a precedenti costruzioni teoriche di provenienza germanica, o con queste si è comunque confrontata; non di rado, realizzando peraltro opportuni adattamenti al nostro sistema penale o escogitando varianti non prive di originalità.

4.1. Questo marcata influenza della grande dogmatica tedesca emerge, innanzitutto, nella lunga logomachia relativa ai modelli di analisi strutturale

dell'illecito penale: nell'ambito della quale ha esercitato un ruolo determinante l'importazione – grazie soprattutto a Giacomo Delitala e alla sua nota opera *Il fatto nella teoria generale del reato*, venuta alla luce nel 1930 – della concezione cosiddetta tripartita (che configura, in generale, il reato come entità composta dai tre elementi del fatto tipico, dell'antigiuridicità e della colpevolezza), fondamentalmente ritagliata sulla formulazione che ne propose Ernst Beling nel 1906. Questa concezione di origine belinghiana, recepita e riadattata da Delitala, è infine divenuta tendenzialmente dominante (beninteso, con qualche variante da autore a autore), riuscendo a imporsi rispetto alla concezione bipartita (elemento oggettivo ed elemento soggettivo) in precedenza dominante e risalente in Italia alla Scuola classica ottocentesca. Ma la bipartizione ha continuato ad avere seguaci specie tra gli studiosi torinesi (Francesco Antolisei, Marcello Gallo e relativi allievi), sia pure con una sua successiva revisione volta a tener conto del requisito aggiuntivo dell'antigiuridicità, precisamente costruito in chiave dogmatica come elemento negativo del fatto.

Specie riconsiderate con la consapevolezza critica odierna, le dispute dogmatiche relative ai modelli di analisi strutturale del reato appaiono ormai in larga misura di rilievo secondario; sono soprattutto in gioco preferenze attinenti al modo più chiaro ed efficace di descrivere anche in funzione didattica le diverse componenti dell'illecito penale, che comunque nella sintesi concettuale e nella realtà fenomenica costituisce sempre una entità unitaria.

4.2. Diverso è invece il discorso rispetto alle ricadute che il finalismo welzeliano, e la correlativa teoria dell'azione finalistica sempre di matrice tedesca hanno – direttamente o indirettamente – avuto sull'evoluzione quantomeno di una parte significativa della dottrina penalistica italiana, a far data dalla metà degli anni '50 in poi: influenzandone l'approccio dogmatico grazie a premesse teoriche ancorate a presupposti di carattere pre-giuridico, a loro volta di origine filosofica e antropologica.

Non è possibile qui tracciare un quadro esaustivo dei lasciti finalistici alla dottrina italiana, ripercorrendo le tappe di un complesso confronto dottrinale e mettendo in evidenza i contributi dei singoli studiosi che ne sono stati tra i principali protagonisti, a partire da quelli della scuola napoletana (alludo, in particolare, a Dario Santamaria e ad alcuni suoi allievi) per finire con alcuni studiosi di scuola bolognese delle generazioni successive (penso in particolare a Massimo Donini e Luigi Cornacchia). Tentando una sintesi necessariamente parziale e approssimativa, mi limito a evidenziare quanto segue.

i) Se è fallita la pretesa del finalismo di ancorare le dottrine del reato a non meglio definite strutture logico-sostanziali (di incerta matrice filosofica

tra l'ontologico, l'ontico o il fenomenologico e la c.d. natura delle cose), può rimanere valido e attuale l'ammonimento a non perdere di vista le basi pregiudiziali delle categorie penalistiche; ciò anche allo scopo di consentire, ad una scienza penalistica che ambisca ad un ruolo meta-nazionale, di costruire una grammatica e una sintassi dell'illecito penale che non dipendano soltanto dalle contingenti e mutevoli scelte normative dei legislatori nazionali.

ii) Il finalismo ha contribuito – come accennavo prima – a rivedere, approfondire e affinare la precedente dogmatica del reato, sollecitando un superamento della tradizionale e meccanicistica distinzione tra aspetto oggettivo e soggettivo del fatto tipico, la valorizzazione (col rischio però di inopportuni scivolamenti in senso eticizzante) delle componenti personali dello stesso concetto di illecito; e, ancora, un approfondimento del concetto di colpevolezza normativa nell'orizzonte di un'etica della responsabilità, con ricadute sulla disciplina dell'*ignorantia legis* inevitabile-scusabile (ricadute che hanno finito col condizionare la nuova soluzione data al problema dei presupposti scusanti dell'errore su norma penale dalla nostra Corte costituzionale con la storica sentenza n. 364/1988).

Sempre per effetto di condizionamenti riconducibili, direttamente o indirettamente, alla teoria finalistica è maturata la tendenza di alcuni studiosi italiani – tra i quali, chi scrive insieme ad Enzo Musco – a prospettare, anche a livello manualistico, una costruzione dogmatica separata dei principali tipi delittuosi (reato doloso, reato colposo, reato commissivo e reato omissivo)¹⁸.

iii) Segnalerei, invece, come possibili implicazioni negative del finalismo – almeno agli occhi di un giurista italiano, ideologicamente legato a una visione tendenzialmente oggettivistica e laica del diritto penale – la tendenza ad una soggettivizzazione marcata del fatto punibile, con conseguente accentuazione del peso del disvalore di azione; il rischio di una forte ri-eticizzazione della colpevolezza normativa; un accrescimento della complessità e della sofisticatezza concettuale della teoria del reato, a tal punto da farla percepire ancora più astratta e, dunque, ancora più lontana dalle esigenze della prassi giudiziaria.

4.3. Se si considera la successiva evoluzione delle indagini dogmatiche nel corso degli anni e fino ai nostri giorni, quel che in effetti si constata è

¹⁸ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, part. gen., Bologna, Zanichelli, 2019, p. 210 ss. Ottimi bilanci riassuntivi dell'influenza complessiva del finalismo sulla scienza penalistica anche italiana sono contenuti in due volumi collettivi: uno del 2007 dal titolo *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuridica italiana*, a cura di S. Moccia, Edizioni scientifiche italiane, Napoli; l'altro del 2015, intitolato *Hans Welzel nella prospettiva attuale*, a cura di M. Pawlik e L. Cornacchia, Napoli, Editoriale Scientifica.

il progressivo venir meno dell'interesse degli studiosi italiani per una teoria del reato tradizionalmente concepita come teoria generale ad amplissimo spettro, ma proprio per questo povera, nella sua astrazione generalizzatrice, di richiami contenutistici a specifici modelli delittuosi o a singole componenti costitutive essenziali dell' illecito penale. Piuttosto, è andata opportunamente facendosi strada una contraria tendenza a elaborare teorie di portata più circoscritta e settoriale, volte – come sopra accennato – ad approfondire la struttura dei diversi tipi delittuosi e, nel contempo, a verificare come vi si atteggiino presupposti basilari della responsabilità penale come condotta, causalità, dolo o colpa ecc.

Un ulteriore aspetto di novità, che merita di essere segnalato, riguarda la tendenza a tenere conto, nella elaborazione ricostruttiva dei differenti modelli delittuosi come pure di singole fattispecie incriminatrici, della dimensione processuale e dei problemi di accertamento probatorio. Ciò nella accresciuta consapevolezza della stretta connessione che, specie in alcuni campi di materia (si pensi, per fare un solo esempio, ai reati associativi come modello criminoso prevalente nell'ambito della criminalità organizzata), si instaura tra fattispecie sostanziale e logica probatoria: questo intreccio tra 'fatto' e 'prova', riscontrabile in misura crescente nella prassi giudiziaria degli ultimi decenni, ha dato vita a un fenomeno di cosiddetta *processualizzazione delle categorie sostanziali*, che va incontro a giustificate obiezioni critiche stante la ricorrente tentazione dei giudici di ricostruire – in dispregio dei principi penalistici di riserva di legge e tipicità - la struttura dei fatti punibili sulla base dei compendi probatori contingentemente disponibili¹⁹.

5. *L'approccio costituzionale al diritto penale quale apporto di maggiore originalità della scienza penalistica italiana*

Che la stagione della svolta in una prospettiva costituzionalmente orientata segni la fase di maggiore originalità teorica della dottrina italiana, è ormai oggetto di riconoscimento diffuso. Grazie all'approccio costituzionale – databile a partire dalla seconda metà degli anni '60 dello scorso secolo e poi più compiutamente sviluppato soprattutto da Franco Bricola nella celebre voce *Teoria generale del reato*, pubblicata nel *Novissimo digesto italiano* nel 1973 – non solo matura il pressoché definitivo superamento della

¹⁹ Cfr. per considerazioni più puntuali e dettagliate G. FIANDACA, A. MERLO, *La partecipazione associativa è ancora in cerca d'autore: le sezioni unite tra progresso e regresso*, in «Il Foro italiano», II, 2022, c. 783 ss.

tradizionale dogmatica di tipo prevalentemente concettualistico-formalistico: quello a cui si assiste – e riveste un’importanza di ben più ampia portata politico-culturale – è l’inclusione della stessa materia dei delitti e delle pene nel più generale processo di ‘costituzionalizzazione’ dell’intero ordinamento giuridico che andava per via anche dottrinale attuandosi in quel periodo, e che tendeva appunto ad assumere la Costituzione a presupposto fondante o comunque orientativo delle attività interpretativo-ricostruttive da compiersi in ogni settore ordinamentale.

In effetti, l’originario obiettivo dell’approccio costituzionale, così come inteso non solo da Bricola, era duplice: da un lato, predisporre principi-guida di livello sovra-ordinato alla legge ordinaria per porre finalmente le fondamenta di una nuova codificazione penale destinata a rimpiazzare il vecchio codice Rocco; dall’altro, dotare la dottrina e la giurisprudenza (in primo luogo costituzionale) di strumenti adeguati per rileggere e ricostruire alla luce del sistema costituzionale lo stesso diritto penale ereditato dal passato. Com’è noto, il primo dei due obiettivi è finora fallito, e ciò per un insieme eterogeneo di cause e ragioni (tra le quali, innanzitutto, l’insufficiente sensibilità culturale e lo scarso interesse delle forze politiche di volta in volta dominanti a impegnarsi nel difficile e divisivo compito di riscrivere l’intero codice penale; e la loro opportunistica e ricorrente tendenza invece – oltre a non prendere sul serio il costituzionalismo penale - a strumentalizzare la funzione punitiva per scopi contingenti di governo politico, delegando di fatto al potere giudiziario il contrasto o la gestione di fenomeni negativi che risulterebbe più difficile o scomodo affrontare con interventi di competenza della politica; oppure – come di frequente è accaduto e a tutt’oggi accade - in chiave di rassicurazione securitaria per lucrare consenso elettorale da parte dei cittadini più allarmati dalle reali o presunte emergenze criminali di turno)²⁰.

Diverso e più complesso è il discorso rispetto al secondo obiettivo, riguardante cioè la ricostruzione-interpretazione del diritto penale positivo alla stregua del sistema costituzionale, ad opera della dottrina e della giurisprudenza, in particolare costituzionale.

5.1. Non posso qui illustrare in dettaglio i presupposti argomentativi dell’importante impresa dottrinale mirante a dotare di fondamenta costitu-

²⁰ Per una disamina più dettagliata delle cause della mancata ricodificazione rinvio a G. FIANDACA, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in *Gli ottant’anni del codice Rocco*, volume collettivo a cura di L. Stortoni e G. Insolera, Bologna, Bononia University Press, 2012, p. 207 ss. (in proposito, si leggano anche gli altri saggi contenuti nella stessa opera).

zionali l'edificio penalistico; così da potere se non vincolare in modo rigido, quantomeno orientare, e comunque controllare l'esercizio del potere punitivo statale, sottraendolo ad una discrezionalità confinante con l'arbitrio. Com'è subito intuibile, quella relativa al possibile grado di vincolatezza dei principi costituzionali di rilevanza penale in sede sia di creazione legislativa dei fatti punibili, sia di ricostruzione dogmatico-interpretativa degli istituti penalistici, è una questione molto complessa: rispetto alla quale, nel dibattito dottrinale seguito alla fondamentale teorizzazione bricoliana, sono andate – non a caso – emergendo prese di posizione differenziate. Con approssimativa sintesi, sono cioè distinguibili, nell'ambito della stessa dottrina italiana, due modelli tendenziali di concezione costituzionalmente orientata di diritto penale: uno 'forte' (o più forte) e l'altro 'debole' (o più debole), così rispettivamente definibili in base alla maggiore o minore libertà riconosciuta al legislatore ordinario e/o agli interpreti nel concretizzare, sul piano legislativo o dottrinale-giudiziario, i principi costituzionali di rilievo penalistico.

Ad uno sguardo d'insieme, può rilevarsi che nel confronto dialettico tra i due suddetti indirizzi di massima – e, altresì, nella complessiva giurisprudenza costituzionale in materia penale – ha, in effetti, finito col prevalere l'orientamento che concepisce in maniera meno rigida l'ancoraggio alla Costituzione: tende, dunque, a predominare la convinzione che conforme al sistema costituzionale non sia un solo e ben determinato modello di diritto penale, ma che nel quadro dei principi costituzionali siano ammissibili modelli relativamente differenziati di disciplina, con riguardo sia agli oggetti che alle tecniche di tutela. Beninteso, con alcuni importanti limiti (teoricamente) invalicabili: come la preclusione di incentrare le ragioni della punibilità sull'atteggiamento interiore o sulla tipologia soggettiva d'autore, in netto contrasto col principio costituzionale di offensività (principio peraltro non esplicito ma ricavato per via interpretativa, e altresì estensivamente concepito in modo da salvaguardare la legittimità anche dei reati a pericolo 'astratto', a condizione che la previsione legislativa dei presupposti della situazione di pericolo sia basata su collaudate regole di esperienza e sia poi consentito al giudice ordinario di vagliare la effettiva pericolosità in concreto della condotta in questione; o l'esigenza costituzionalmente irrinunciabile di strutturare e applicare il sistema sanzionatorio in modo (almeno in linea teorica o di principio) da non sacrificare la finalità rieducativa a vantaggio di altri possibili scopi delle pene, spettando alla rieducazione – come si è esplicitamente riconosciuto nell'ambito della più recente giurisprudenza costituzionale – un ruolo prioritario.

5.2. Vale la pena esplicitare che i rispettivi seguaci della concezione forte e della concezione debole del diritto penale costituzionalmente orien-

tato hanno una diversa visione di fondo dei rapporti tra diritto penale e Costituzione. L'alternativa che si è profilata in dottrina specie in passato, è la seguente: la Costituzione come *fondamento* normativo e assiologico del sistema delle incriminazioni, o come *limite* al potere punitivo, a protezione di spazi di libertà e diritti costituzionalmente rilevanti destinati a fare da invalicabile barriera alla pretesa punitiva dello Stato? È forse superfluo rilevare che dal tipo di risposta fornita derivano anche implicazioni differenti circa la latitudine della legittima discrezionalità politica del legislatore penale e, per riflesso, circa l'estensione degli spazi del sindacato di costituzionalità.

Com'è intuibile, i sostenitori del predominante indirizzo teorico debole inclinano tendenzialmente – e in forma talora implicita – a concepire la Costituzione più come limite negativo, che come fondamento positivo del potere di incriminare. Mentre era senz'altro più vicina alla visione del sistema costituzionale come fondamento l'originaria teorizzazione di Franco Bricola: la rivisitiamo in rapida sintesi per mostrare, appunto, quanto possa risultare problematico pretendere di desumere dal testo costituzionale una specifica concezione del reato o un ben definito catalogo di beni giuridici da assumere a oggetto di tutela penale. Innanzitutto, sotto un profilo metodologico, lo stile di pensiero di Bricola rimaneva in apparenza pur sempre di tipo positivistico-legalistico, nel senso che venivano da lui ricercati nello stesso testo costituzionale puntuali appigli normativi idonei a sorreggere la perseguita rifondazione in chiave costituzionale dell'edificio dei delitti e delle pene (appigli in realtà rinvenuti sia nelle disposizioni costituzionali espressamente riguardanti la materia penale, e cioè quelle di cui agli artt. 13, 25, comma 2 e 27, commi 1 e 3, sia in disposizioni e principi costituzionali di portata più generale in quanto rilevanti nel contribuire a delineare i caratteri identitari del sistema costituzionale italiano). Ma, a dispetto di questa perseguita aderenza al testo scritto della Costituzione, l'approccio bricoliano – come rilevo non certo da ora²¹ – è finito con lo sfociare in una 'sovra-interpretazione' delle singole disposizioni prese in considerazione, dal momento che ai dati testuali è stato fatto dire più di quanto non dicessero prendendo le mosse da aprioristiche premesse teoriche e ideologiche relative a un vagheggiato nuovo modello di diritto penale. Sicché, la riconcettualizzazione del reato quale «fatto lesivo di un valore costituzionale, la cui significatività si riflette sulla misura della pena» costituiva - a rigore – non già il risultato obbligato di una interpretazione letterale e sistematica

²¹ Rinvio in proposito ai rilevi contenuti nel mio risalente scritto *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1982, p. 42 ss.

di un insieme interconnesso di disposizioni costituzionali, bensì l'esito 'creativo' di una rilettura preconcepita e forzata della Costituzione (ancorché, beninteso, pur sempre compiuta – per dir così – a fin di bene, vale a dire con l'intenzione comunque nobile e condivisibile di concepire e promuovere un diritto penale alternativo, nei principi e nei contenuti, a quello obsoleto e autoritario dell'ormai vecchio e screditato codice Rocco).

Quanto più in particolare alla pretesa di assumere la tavola dei valori costituzionali a solo legittimo ambito di tutela di un diritto penale profondamente rinnovato, e conforme al principio delimitativo dell'*extrema ratio*, va rilevato che la teorizzazione bricoliana sembrava invero presupporre la seguente idea: che il testo della Costituzione incorporasse un ordine obiettivo di valori gerarchizzabili, per importanza e peso, già in linea generale e astratta; e che tale ordine potesse, nel contempo, fungere da scala gerarchica dei beni giuridici penalmente tutelabili: per cui il legislatore democratico, nel dar vita a un nuovo sistema di incriminazioni e nello stabilirne il livello rispettivo di gravità anche in vista della graduazione delle risposte sanzionatorie, non avrebbe dovuto far altro che prendere atto delle valutazioni gerarchiche già compiute dal legislatore costituzionale. A reconsiderarla oggi, una tale idea della Costituzione appare alquanto irenica, se non proprio ingenua. Ciò per un insieme di ragioni ben evidenziate dalla riflessione costituzionalistica e giusfilosofica più consapevole e aggiornata. A cominciare dal rilievo che le Carte costituzionali novecentesche sono caratterizzate dalla compresenza di valori eterogenei, espressione di differenti visioni del mondo, e pertanto in continua tensione – se non proprio in costante contraddizione – tra loro. E il bilanciamento che si rende spesso necessario tra i valori o beni disomogenei in conflitto non è, certo, effettuabile sulla base di preesistenti indicazioni costituzionali precise e vincolanti; esso risente, inevitabilmente, di presupposti politico-culturali o di concezioni morali e giudizi di valore che stanno a monte della Costituzione scritta, e che impediscono all'interpretazione costituzionale e alle operazioni di bilanciamento di emanciparsi del tutto dalle visioni personali degli interpreti dottrinali o giurisprudenziali²².

In verità, della impossibilità di concepire la Costituzione come un documento normativo che rispecchia un preciso ordine gerarchico di valori è ormai ben consapevole la nostra Corte costituzionale, come si desume ad esempio dalla in questo senso emblematica sent. n. 85/2013, relativa al caso

²² Più diffusamente, G. FIANDACA, *Intorno al bilanciamento in ambito penale, tra legislazione e giurisprudizione*, in *Bilanciamento e sistema delle fonti*, a cura di L. Di Carlo, Giappichelli, Torino, 2020, p. 77 ss.

Ilva: «La Costituzione italiana, come altre Costituzioni democratiche e pluralistiche contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come ‘primari’ dei valori dell’ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente rilevanti, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine giuridico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Come riconosce chiaramente la Corte, il rapporto gerarchico tra i beni o valori concorrenti da bilanciare è dunque – sul piano tanto legislativo che giurisdizionale – non fisso ma ‘mobile’, e muta – è forse superfluo esplicitarlo – in considerazione della specificità delle situazioni problematiche da disciplinare o delle tipologie di casi concreti da decidere.

Un altro punto problematico dell’impostazione di Bricola riguardava il modo di concepire la rilevanza costituzionale dei beni giuridici suscettibili di essere legittimamente muniti di tutela penale (da parte, beninteso, di un ideale legislatore ordinario, che fosse sul serio disposto a sposare le direttrici di politica penale di teorica matrice bricoliana!). Rilevanza solo *espressa* o anche *implicita*? Optare nel primo senso avrebbe comportato il grave inconveniente di finire col restringere troppo l’ambito del penalmente tutelabile, tanto più considerando che tra le funzioni tipiche di una Costituzione non rientra certo quella di indicare in maniera esaustiva l’insieme dei valori, beni o interessi che, in un determinato momento storico, necessitano di essere salvaguardati con il ricorso alla più drastica delle sanzioni di cui un ordinamento dispone. Ma proporre un concetto estensivo di rilievo costituzionale, sino a includere il rilievo appunto *implicito* – come più realisticamente lo stesso Bricola fece – presentava l’inconveniente contrario di annacquare la funzione selettiva del criterio in parola, ridando così ampio spazio alla discrezionalità legislativa nella scelta dei contenuti della protezione penale: quello di rilevanza costituzionale ‘implicita’ del bene tutelabile è, infatti, un criterio molto duttile e perciò facilmente manipolabile, come tale destinato – più che a contrastare – ad assecondare il fenomeno dell’inflazione dei reati e le frequenti tentazioni di un improprio uso politico del ricorso al diritto penale.

5.3. A questo punto, dovrebbe risultare abbastanza chiaro che chi scrive è annoverabile tra gli studiosi che propendono per una versione ‘debole’ del diritto penale costituzionalmente orientato; e ciò pur nella piena consapevolezza che l’attribuzione alla Costituzione (e in particolare alle sue norme-principio) di un ruolo tendenzialmente orientativo più che rigidamente vincolante (eccettuati, beninteso, i casi di disposizioni costituzionali atteggiatesi a regole precise e dettagliate) ha come effetto – piaccia o non piaccia – di dilatare ampiamente gli spazi di discrezionalità valutativa sia dei legislatori nel procedere alle scelte politiche di penalizzazione, sia degli interpreti in sede ermeneutico-ricostruttiva delle leggi penali vigenti. Ma poiché sarebbe illusorio o mistificante insistere nel presumere che dalla Costituzione sia desumibile un modello di diritto penale dalla fisionomia ben definita, o una esaustiva piattaforma di beni giuridici da salvaguardare sotto minaccia di pena, è il caso di rassegnarsi a prendere atto che le scelte di fondo relative allo storicamente mutevole catalogo dei delitti e delle pene non possono che essere il prodotto deliberativo della democrazia politica; mentre il compito della Costituzione consiste – appunto – nell’additare un quadro assiologico di riferimento orientativo e, soprattutto, un insieme di limiti con funzione di scudo rispetto a una coercizione penale arbitrariamente invasiva di libertà e diritti costituzionalmente rilevanti.

Viene, allora, da chiedersi: cosa resta oggi in realtà – a circa un cinquantennio di distanza dalla sua nascita – dell’approccio costituzionale al diritto penale quale più originale apporto teorico della dottrina penalistica italiana? Circoscrivendo per il momento il discorso al versante politico-legislativo, cioè alle opzioni di politica criminale che gli attori politici di turno sono chiamati a compiere in sede governativo-parlamentare, direi in sintesi questo: dallo spirito complessivo (più che da singole disposizioni) della Costituzione deriva un implicito monito al legislatore democratico a procedere alla scelta del penale tutelabile con scrupolosa ponderazione razionale. Prima di decidere di creare nuove figure criminose, o di modificare reati preesistenti, il legislatore parlamentare cioè dovrebbe verificare col maggiore approfondimento possibile – grazie un serrato confronto dialettico tra le rispettive forze di maggioranza e opposizione e avvalendosi nel contempo degli apporti conoscitivi (ove disponibili) dei saperi empirico-sociali – la effettiva necessità di ricorrere alla sanzione penale, in mancanza di alternative di tutela altrettanto efficaci. Purtroppo, la politica penale prevalentemente adottata nei decenni dell’Italia repubblicana non si può certo dire sia stata prodotta da legislatori inclini a vagliare col massimo scrupolo la necessità di punire, in base all’idea liberale del diritto penale come *extrema ratio* e nel rispetto dei canoni costituzionali della ragionevolezza e della proporzione.

5.4. Quanto al versante interpretativo-ricostruttivo del diritto positivo, l'approccio costituzionalmente orientato contribuisce a modificare in non piccola misura il volto tradizionale del diritto penale: nel senso che, mentre si attenua il suo carattere giuspositivisticamente legicentrico, cresce invece il ruolo conformativo dei principi con la connessa concretizzazione giurisprudenziale, e diventa più frequente l'esigenza di bilanciare beni o esigenze di tutela in conflitto, tenendo anche conto delle peculiarità dei casi concreti.

Tutto ciò produce, inevitabilmente, riflessi sull'attività interpretativa di dottrina e giurisprudenza. L'interpretazione conforme a Costituzione, che i giudici comuni sono tenuti a compiere su impulso della stessa Consulta – secondo un modello di controllo di costituzionalità ormai definibile «accentrato-collaborativo»²³ – finisce, infatti, con l'incentivare la 'creatività' latamente intesa degli stessi giudici penali, inducendoli talvolta a compiere scelte ermeneutiche altamente discrezionali. Se così è, emerge una forte sollecitazione a ripensare lo stesso principio penalistico di riserva di legge, appunto per riflesso del passaggio dal modello dello Stato legislativo ottocentesco al modello dello Stato costituzionale: in questo mutato orizzonte di riferimento, consentiamo persino ai giudici ordinari di compiere riletture correttive delle leggi scritte, che sarebbero apparse inammissibili prima del sopravvenuto processo di costituzionalizzazione dello stesso diritto penale.

È appena il caso di aggiungere che l'ampliamento degli spazi di manovra degli interpreti, già conseguente al progredire del costituzionalismo domestico, è ulteriormente incrementato dai passi avanti via via compiuti dal costituzionalismo cosiddetto 'multilivello' e dalla complessa interazione tra le diverse Corti oggi operanti nello scenario europeo e internazionale.

6. *Qualche rilievo sulla situazione dottrinale del momento presente*

Non è facile diagnosticare la situazione spirituale della dottrina penalistica odierna. Proverò a formulare qualche rilievo a carattere soprattutto impressionistico, inevitabilmente influenzato dalla mia personale angolazione visuale.

Premettendo un dato non privo di basi oggettive, escluderei che siano in atto individuabili ben definiti orientamenti teorici di fondo, indirizzi di pensiero riferibili a scuole penalistiche specifiche, a loro volta riconducibili a grandi personalità di studiosi in grado di assurgere a indiscussi protagonisti del dibattito dottrinale e di fungere da faro per schiere di giovani allievi

²³ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

(di ‘scuole’ si è semmai continuato in questi anni a parlare in una assai più modesta accezione accademico-territoriale-concorsuale, cioè per indicare i gruppi di studiosi rispettivamente operanti nelle diverse sedi universitarie). Beninteso, ciò non vuol dire che manchino singole individualità di studiosi di particolare spicco, capaci di innovativa elaborazione teorica e penetrante autoriflessione metodologica. Ma, ad uno sguardo d’insieme, la mia impressione è che tenda a prevalere un pluralismo frammentato – se non proprio sfilacciato – sia sul piano delle dottrine del reato, sia su quello delle valutazioni di politica criminale. Se c’è una tendenza che continua in qualche misura ad accomunare larga parte degli studiosi accademici odierni, giovani e meno giovani, questa verosimilmente risiede in una perdurante e diffusa critica rivolta alla politica penale di fonte governativo-parlamentare, e in una conseguente insoddisfazione verso il diritto penale attualmente esistente: solo che da questa critica e da questa insoddisfazione non sembra emergere una prospettiva culturalmente omogenea di possibile edificazione di un nuovo diritto penale dai tratti identitari sufficientemente condivisi.

D’altra parte, la possibilità che la dottrina accademica oggi possa – di per sé – effettivamente contribuire a orientare le scelte politiche in materia penale, è molto più teorica che reale. Assai prima che le ventate di populismo penale e di populismo giudiziario si levassero forti nel nostro paese²⁴, la politica partitica aveva mostrato un crescente disinteresse verso le indicazioni e proposte provenienti dal mondo dei professori, col risultato che la voce della dottrina ha finito col contare sempre meno nei circuiti istituzionali della produzione di nuove leggi penali (hanno invece continuato ad esercitare una certa influenza singoli studiosi o gruppi di studiosi disposti, per loro scelta e contiguità politica personale, a difendere e supportare tecnicamente iniziative legislative o riforme concepite e portate avanti con ampia autonomia dalle forze politico-governative e dagli esperti degli uffici ministeriali).

Il quadro complessivo fin qui approssimativamente abbozzato non è entusiasmante né incoraggiante, secondo l’opinione (forse troppo pessimistica!) di chi scrive. E non sembra, del resto, che affiorino segnali di un potenziale rilancio, nell’immediato futuro, del ruolo civile e pubblico della dottrina penalistica in quanto tale.

Personalmente, tenderei a condividere il punto di vista – espresso ad esempio da Guenther Jakobs nel contesto di una stimolante riflessione sul

²⁴ Mi sia consentito richiamare in proposito il mio saggio *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia», 2013, p. 95 ss.

diritto penale come scienza²⁵ –, secondo cui autentica scienza penalistica, scienza penalistica nella accezione più elevata è quella capace di pensare e costruire il modello di diritto penale di volta in volta adeguato ai tempi, al mutevole *Zeitgeist*. Orbene, ho purtroppo l'impressione – e mi duole non poco esplicitarla – che una scienza alta del diritto penale così concepita non sia in atto rinvenibile (peraltro non solo in Italia, ma verosimilmente anche in altri paesi europei vicini al nostro). A questo punto, lascio volutamente aperto il discorso sul possibile avvenire sia del diritto penale che della sua scienza. Prevarranno prospettive evolutive da incoraggiare o involuzioni regressive da scongiurare? In realtà, l'orizzonte complessivo di riferimento appare (almeno a me) talmente incerto e chiaroscurale, da rendere alquanto azzardato ogni tentativo di previsione.

²⁵ G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Madrid, Editorial Civitas, 2008.