PREMESSA

UN MANUALE DI DIRITTO PENALE GIURISPRUDENZIALE: L'IDEA E LO SCOPO

1. Il termine **diritto giurisprudenziale** indica il diritto che si "forma" quando il giudice, dovendo decidere il caso concreto sottoposto alla sua cognizione, interpreta la norma in funzione della sua applicazione alla fattispecie oggetto del giudizio.

Così il giudice continuamente attualizza la norma (*law in action*) con un'operazione che non sempre è di mera applicazione di categorie e soluzioni interpretative già elaborate in passato, perché la dialettica tra conservazione ed evoluzione che caratterizza l'attività giurisdizionale porta spesso il giudice ad elaborare nuove categorie e nuove soluzioni interpretative, sollecitato in ciò dalle peculiarità del caso concreto, dall'evoluzione del sistema normativo in cui la norma si colloca e, non da ultimo, dall'evoluzione della coscienza sociale, che condiziona il senso di giustizia dello stesso giudice, fattore questo essenziale ed ineliminabile di ogni attività di *ius dicere*.

In altri termini, è proprio la stratificazione pretoria a conferire intellegibilità ai precetti e ad attualizzarli nella prassi. Il giudice è dunque chiamato ad una continua verifica della bontà dell'elaborazione giurisprudenziale che il passato gli offre, in funzione della sua conferma o del suo superamento, con l'elaborazione di nuove interpretazioni e, esplicitamente o implicitamente, di nuove categorie dogmatiche.

Non è dunque casuale che del diritto giurisprudenziale si parli anche in termini di **diritto vivente**, espressione che bene esprime il dinamismo del diritto "in azione", il quale continuamente si forma in occasione della sua quotidiana applicazione da parte dei giudici e così "vive" nella concretezza della giurisdizione.

L'attività interpretativa ed applicativa della norma da parte del giudice – per quanto variamente condizionata dal caso concreto in funzione del quale è realizzata – resta connotata, quanto meno nell'esperienza del diritto continentale, da generalità ed astrattezza, tali essendo gli attributi della norma che il giudice è chiamato ad applicare.

È per questo che da ogni sentenza – tanto più se della Corte di Cassazione, giudice di legittimità – è possibile ricavare la **massima di diritto**, elaborata in funzione della decisione del caso concreto, la quale presenta caratteristiche profondamente diverse dal precedente del diritto anglosassone.

Di più: il giudice, con maggiore o minore consapevolezza, nell'attività interpretativa non può non tendere a ricostruire un **sistema** (mutuato dalla dottrina o elaborato autonomamente dalla giurisprudenza), basato sull'elaborazione di principi e concetti sempre più generali, legati da nessi logici e te-

leologici e collocato in un orizzonte generale, nel quale assumono un ruolo decisivo le scelte culturali di fondo dell'interprete (sulla concezione del reato, la funzione della pena, il ruolo del giudice, ecc.).

2. Nel contesto attuale, il **diritto giurisprudenziale** ha visto accresciuta la sua importanza per la sempre maggiore rilevanza assunta dal formante giurisprudenziale, fenomeno determinato da molteplici fattori: la tendenza del legislatore a demandare alla giurisprudenza le scelte che i luoghi della mediazione politica non sono più in grado di compiere; l'accresciuta importanza di nuove forme di interpretazione, quali l'interpretazione conforme alla Costituzione o alla CEDU o al diritto dell'UE, che ampliano le scelte demandate al giudice; l'esponenziale sviluppo delle fonti sovranazionali (e della giurisprudenza delle Corti preposte all'interpretazione dei rispettivi ordinamenti), con l'ingresso di nuovi metodi interpretativi; il ruolo sempre più "creativo" della giurisprudenza, inevitabilmente chiamata, non di rado, a compiere scelte di valore tanto più problematiche quanto maggiore è la disomogeneità culturale della società.

L'accresciuta importanza del **formante giurisprudenziale** è stata accompagnata da una riduzione dell'importanza del formante dottrinale, che non sempre riesce a svolgere, con esiti concreti, la sua naturale funzione di istanza critica nei confronti della giurisprudenza e di ambito di elaborazione e sistematizzazione di categorie dogmatiche destinate ad essere poi recepite dalla giurisprudenza.

Non è dunque un caso che nel contesto qui sommariamente delineato si debba constatare che "**vi è sempre più dottrina nella giurisprudenza**": infatti i giudici si trovano sempre più spesso a decidere questioni che impongono l'elaborazione di nuovi principi e nuove categorie dogmatiche, che coinvolgono gli snodi fondamentali del diritto penale, sicché sono sempre più frequenti le c.d. "**sentenze didattiche**" delle Sezioni unite.

Si tratta di sentenze che – come è stato acutamente osservato – si diffondono nella spiegazione sistematica di un istituto, con forme espositive che richiamano i generi dottrinari dell'articolo o addirittura della breve monografia, e nelle quali, non di rado, sono ampiamente sviluppate affermazioni di principio non rilevanti per la risoluzione del caso oggetto di decisione, che vanno ben oltre i comuni *obiter dicta*.

3. L'idea di un **manuale di diritto penale giurisprudenziale** muove dalla presa d'atto di questo mutato volto del diritto penale e dalla consapevolezza che per conoscere realmente il diritto penale "vivente" è necessario non solo ricostruirne le implicazioni dogmatiche e sistematiche, esplicitamente o implicitamente sottese alle decisioni dei giudici, ma anche far emergere i casi in cui tale ricostruzione non è possibile o è molto difficile. Talora infatti la giurisprudenza, abbandonata ogni preoccupazione di coerenza sistematica, elabora concetti privi di una reale funzione selettiva, aventi un'accentuata di-

mensione retorica, per lasciarsi "mano libera", al fine di decidere "caso per caso" sulla base di valutazioni di giustizia sostanziale, con gli inevitabili rischi di arbitrarietà e non controllabilità della decisione che questo comporta, oltre che di contraddittorietà rispetto a decisioni pregresse o future.

Posto che l'idea stessa di **manuale** implica un'elaborazione in forma sistematica di una disciplina, in questa ricostruzione del **sistema** (o del **"non sistema"**) della giurisprudenza, il dato di riferimento resta la teoria generale del reato ed il correlato apparato concettuale elaborato dalla dottrina e trasfuso nei più diffusi manuali di diritto penale, al fine di verificare se ed in che misura la giurisprudenza ne confermi l'impostazione o se ne discosti o (come non di rado accade) sia essa stessa fonte di elaborazione di nuove categorie.

Il "peso" dei singoli capitoli è dunque talora ben diverso da quello dei corrispondenti capitoli dei manuali tradizionali, perché nell'esperienza del diritto giurisprudenziale la dimensione applicativa di molti istituti non è corrispondente allo spazio che ad essi è dedicato nei manuali.

Un manuale di diritto penale giurisprudenziale non si pone dunque come un'alternativa ai classici ed autorevoli manuali di diritto penale destinati agli **studenti universitari**, che ovviamente rimangono uno strumento indispensabile anche di critica e di riflessione sull'esistente in chiave politico-criminale, ma si pone come uno strumento ad essi **complementare**.

4. Un'esigenza di conoscenza della giurisprudenza, basata sulla sua sistematizzazione (quando possibile), non solo si pone per gli operatori del diritto (magistrati, avvocati, ecc.), ma emerge anche con particolare forza nell'ambito degli **studi post-universitari** in vista della preparazione di concorsi ed esami pubblici, contesto nel quale è particolarmente presente il rischio che lo studente si "perda" nello studio di una casistica giurisprudenziale infinita, difficilmente memorizzabile, in continua evoluzione sotto la pressione di casi sempre nuovi, perdendo così la capacità di cogliere la dimensione generale e la valenza sistematica implicate nelle motivazioni delle sentenze.

È del resto ben noto che la conoscenza del diritto penale (come di ogni materia giuridica) implica non solo la conoscenza di contenuti specifici, ma anche il possesso del **metodo** che caratterizza l'interpretazione e l'applicazione del diritto penale, il che richiede l'assimilazione dei **principi** che lo informano e che caratterizzano il diritto vivente.

Né va dimenticato che, nell'attuale contesto di diffuso "nozionismo casistico", vi è il rischio che lo studente non sia capace di **valutare criticamente** la giurisprudenza, non essendo in grado di coglierne le scelte dogmatiche e sistematiche e di rilevare le contraddizioni che talora la caratterizzano.

L'idea di un manuale di diritto penale giurisprudenziale vuole dunque rispondere anche all'esigenza di fornire gli strumenti per esercitare tale valutazione critica.