

**Archivio selezionato:** Dottrina**SCIENZA PENALE E POTERE POLITICO**

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 2015, pag. 95

Massimo Donini

**Classificazioni:** DIRITTO PENALE

Sommario: 0. 1973-1981. Uno stato nascente. — 1. Soggetti, indipendenza e aporie della scienza penale. — 2. L'aporia del diritto positivo e la scienza come contropotere critico. — 3. L'aporia della coesistenza della logica amico/nemico accanto alla logica binaria giusto/ingiusto. — 4. Il postulato della comunione dei saperi accanto alla separazione dei poteri. — 5. L'aporia del contrasto o del non dialogo fra teoria del reato (scientifica) e teoria della pena (politica). — 6. L'aporia delle aporie: la frattura tra la forma linguistica (suscettibile di logica e precisione) e il contenuto della legge (scelta di valore). Da Kelsen e Weber al Circolo di Vienna, all'ermeneutica. — 7. (Segue). Dal monismo al riduzionismo, dal separatismo al sincretismo di ermeneutica e scienza penale integrale. — 8. Perché l'interpretazione di enunciati legislativi non ha l'esclusività scientifica, ma co-definisce gli oggetti epistemici. — 9. Momenti indiscutibili di scientificità ricostruttiva e costruttiva. Scoperte e invenzioni. — 10. Nuova declinazione della *great division*, tra ricerche individuali e collettive. — 11. Intelletto pubblico e ragione pubblica vs. scoperte e invenzioni individuali. — 12. Democrazia penale. — 13. Il ruolo del sapere accademico fra tecnicismo e garantismo penale. — 14. L'estensione triadica del paradigma delle garanzie di fronte alla volatilizzazione del Leviatano.

*Abstract*

L'idea che la scienza penale sia qualcosa di più di una tecnica solo se, oltre alla dogmatica e ai principi, impiega anche conoscenze empiriche e criminologiche, ha un buon fondamento, ma suppone il superamento di varie aporie e offre alla scienza la possibilità di instaurare una forte dialettica critica con il potere politico. L'episteme della dottrina penalistica estende così l'interpretazione e la dogmatica normativista verso una scienza penale integrale che supera la dicotomia fatto/valore, la questione essere/dover essere e la cultura monistica tanto del positivismo logico quanto del solo sapere ermeneutico tradizionale. La *great division* è oggi tra ricerche individuali e di gruppo, tra scoperte e invenzioni di singoli o di un collettivo di pensiero. Nel momento in cui il potere di costruire il diritto è diviso tra molti autori, il compito di scrivere la trama della ragione pubblica non è riservato alle sole Corti Supreme. Infatti, è sempre fondamentale il ruolo della scienza penale, attraverso saperi condivisi e non separati tra i pubblici poteri e i cittadini, nel senso di una riduzione massima del livello di sofferenza di autore, vittima e terzi possibili destinatari della legge penale.

*Crime Science and Political Power**Abstract*

*The idea that crime science is something more than a mere technique only if it uses empirical and criminological knowledge, in addition to dogmatics and principles, has sound grounds. However, it requires overcoming many impasses and offers the legal science the opportunity to engage in a heated critical debate with legal policy-makers. This way, the episteme of criminal law science extends the interpretation and the normative dogmatics towards an integral crime science, one that goes well beyond the fact/value dichotomy, the is/ought question, and the monistic culture of both logical positivism and the traditional hermeneutic knowledge. The "great division" today is between individual and group research, between discoveries and inventions by individuals or by a thought group. To the extent that the law-making power is shared among many, the task of building the plot of public reason is not reserved solely to the Supreme Courts. Indeed, the role of crime science is still fundamental in minimizing the level of suffering of the defendant, the victim, and any third party affected by the criminal law, through knowledge that is shared and not separated between the public powers and the citizens.*

0. 1973-1981. *Uno stato nascente*. — La svolta metodologica dell'approccio costituzionalistico per come declinato dalla voce "Teoria generale del reato" di Bricola era riassumibile, per i temi oggetto delle presenti riflessioni, in queste direttive: "basta con gli eccessi di uno studio di categorie sistematiche: occorre cambiare piuttosto il diritto vigente, sviluppando una teoria di principi sovraordinati alla legge"; "basta con il diritto ordinario come scienza, occorre rifondarlo integralmente dalla Costituzione"; "basta con il tecnicismo avalutativo, occorre che l'interprete rivaluti costantemente i prodotti delle leggi parlamentari". L'esperienza breve ma travolgente de "La Questione criminale", dal 1975 al 1981, può a sua volta compendiarsi in questi principi direttivi: "basta con l'ideologia di un sapere scientificamente e criminologicamente neutrale: occorre mutare le basi sociali della disuguaglianza, e dunque trasformare i rapporti di forza politica che sono alla base del diritto vigente"; "basta con un diritto penale di classe, protetto dalla criminologia e dal diritto penale liberale"; "il giurista è scienziato solo se è scienziato sociale, altrimenti è mero tecnico"; "solo il sapere delle scienze sociali dà al giurista legittimazione epistemologica a costruire le sue tecniche normative".

Orbene, dopo quegli anni formidabili, vicini a un vero *stato nascente*(1), i rapporti fra diritto penale e politica, ma anche fra diritto penale e scienza, sono profondamente cambiati, anche se sono *ancora oggi irrisolti alcuni problemi storici* dai quali prendevano le mosse quelle esperienze: una compiuta e generale riforma del codice e del sistema sanzionatorio, la disuguaglianza nella selezione degli autori a rischio carcerario e soprattutto, per il nostro tema, l'esplosione di un problema che il nuovo metodo inaugurato in quegli anni recava con sé: il forte tasso di politicità dell'interprete.

*Del tutto risolto* per i giuristi, invece, appare il tema dei rapporti fra un *preteso dominio delle scienze sociali su quelle giuridiche*, che segnò la rottura tra Bricola e Baratta(2): non è vero che il diritto penale diventi mera tecnica se non accetta di sottomettersi al dominio della criminologia "critica", essendo invece portatore di valori, principi e regole autonomi, di una sua "dommatica", anche se la gestione di questi principi conosce un *dialogo epistemologico con altri saperi extragiuridici, che non sono più subordinati, ma neppure possono diventare sovra-ordinati*(3).

Quelle esperienze hanno segnato per me e per molti di noi l'anno zero di una riflessione sul diritto penale, un punto di partenza ideale, più che biografico. Se avessi preso sul serio quel programma iniziale, mi sarei forse dedicato di meno alla scienza penale, e di più alla politica criminale e alla critica del diritto: come ad altri è successo. Ma ognuno ha il suo percorso e a me è toccato di cominciare la mia avventura penalistica muovendo dal termine dell'esperienza della Questione criminale, e quindi di riscoprire più tardi alcune verità di quelle radici dopo averne individuato i limiti.

1. *Soggetti, indipendenza e aporie della scienza penale*. — Il tema oggetto di questa relazione non è il rapporto tra il « *diritto* » penale e il *potere politico*, ma tra la « *scienza* » penale e il *potere*. Certo, le cose si intrecciano. Non possiamo dimenticare, per es., che la prima e la seconda Repubblica, in Italia, sono cadute sotto le azioni penali della magistratura nei confronti di grandi potenti, da Craxi al sistema dei partiti della prima Repubblica, a Berlusconi. Il controllo penale sull'attività politica conosce in Italia un'estensione e una continuità, ma anche un livello di conflittualità, scarsamente rinvenibili in altre democrazie occidentali. La magistratura, inoltre, come è già emerso dalle precedenti relazioni, svolge o ha svolto, con forme di intervento le più varie, un ruolo di costruzione di politiche criminali proprie, autonome, non solo verso il potere politico, ma anche verso l'impresa, la p.a., il dissenso politico etc., e addirittura un ruolo di costruttore dell'etica pubblica.

Sarebbe dunque possibile allargare il concetto di potere a quello di poteri pubblici ivi comprendendo anche *la magistratura, quale soggetto politico, e non mero soggetto del diritto (o della scienza) penale*.

Questa estensione del campo definitorio a me pare corretta per *le Procure della Repubblica*, che

sono a tutti gli effetti *un soggetto politico*: scelgono il *thema decidendum*, compiendo al riguardo scelte politiche e di valore nell'esercizio dell'azione penale, laddove i giudici operano soltanto "di rimessa". Alcune molto più di altre, beninteso. Alcune vogliono esserlo e altre non vogliono esserlo, ma tutte, per azione o per omissione, lo sono. A volte sono le "agenzie" di polizia giudiziaria a forzare la mano ai pubblici ministeri, oppure sono i Ministeri di settore, i gruppi di pressione, la stampa, i singoli privati. Noi, però, ci occupiamo qui di scienza e non di diritto penale.

Nello stesso tempo, e proprio per questo intreccio fra magistratura e potere, quando parliamo di *scienza penale*, è più opportuno delimitare la sua definizione nei confini di un discorso che attiene a *soggetti che non esercitano il potere politico, o un controllo istituzionale sul potere politico*, ma una riflessione critica e un'elaborazione critica del diritto, distinta dall'esercizio di pubblici poteri.

*La magistratura giudicante*, a tale proposito, che è il nuovo grande e principale attore dell'ultimo ventennio — quello che ci separa dalla morte di Bricola — dimostra anche a tale proposito di svolgere *un ruolo primario nella stessa elaborazione teorica del diritto*, tanto da farla assurgere a *soggetto di una nuova dogmatica di origine giudiziaria* e dunque di un discorso collettivo di *public reason* che attiene alla costruzione degli stessi concetti scientifici (4).

A tale riguardo, anzi, si pone da sempre, e ora si tintege di nuovi colori, il problema della autonomia della scienza dal potere politico, la questione della sua capacità di dialogo, ma anche di verifica, di controllo critico, e dunque di una non sterile indipendenza.

La scienza penale ha del resto dovuto prendere atto che il suo interlocutore più vitale, negli ultimi lustri, è stata la magistratura giudicante, più che il legislatore. Una giurisprudenza-fonte (soprattutto quella europea lo è, in senso formale, in quanto vincolante) e una giurisprudenza dotata di autocoscienza storica e di elaborazione concettuale costruttiva.

La scienza penale, costruita oggi in parte anche da decisioni e riflessioni di matrice giudiziaria, può ambire a una vera autonomia da, e a un sano rapporto con, il potere politico, nella misura in cui è portatrice di valori e saperi propri, indipendenti da un contingente programma di governo (potere politico in senso stretto), e anche da un programma di governo dell'esercizio dell'azione penale (potere di politica processuale delle Procure della Repubblica) (5).

Per assicurarsi queste premesse, essa ha tuttavia bisogno di *superare almeno quattro aporie* che affliggono la sua identità epistemologica.

2. *L'aporia del diritto positivo e la scienza come contropotere critico.* — La *scienza giuridica* nel corso di tutto il Novecento è stata intesa dalla grande maggioranza dei penalisti come *sinonimo di dogmatica*(6). La dogmatica come quintessenza del metodo e della scientificità del diritto. Ma le dogmatiche sono tante, come sappiamo, e tra queste, la dogmatica prevalente è stata quella basata sull'interpretazione, dove l'interpretazione è fondata a sua volta sull'esegesi di una legge (7).

Senza che i penalisti abbiano mai davvero tematizzato questo singolare contrasto culturale, va sottolineato che *l'interpretazione, nella sua essenza, è concepita come politica e non come scienza* da Beccaria (8) sino a Kelsen (9), e ai contemporanei (10).

*In Beccaria*, perché il divieto d'interpretazione da lui solennemente preteso, suppone che non ci possa essere scienza nell'ermeneutica, perché essa sarebbe troppo soggetta ad arbitrio, valutazione, incertezza e in definitiva politicità. *In Kelsen*, perché solo la *descrizione* delle interpretazioni fa del giurista-teorico uno studioso che rispetta la descrittività e avalutatività del sapere scientifico: la *scelta* tra quelle opzioni sarebbe invece attività valutativa-discrezionale-politica.

Dopo di lui, tutta la tradizione dei giuristi d'indirizzo analitico ha conservato questo pregiudizio:

la *dottrina*, che si occupa di esegesi, interpretazione e dogmatica, è *prescrittiva*, mentre la *teoria*, occupandosi delle condizioni di legittimazione scientifica del discorso sul diritto, non può indicare soluzioni prescrittive sul contenuto delle leggi, ma solo su come arrivare a tali esiti (11).

E allora: se la dogmatica si fonda sull'esegesi e l'esegesi non è scienza, come può esserlo la dogmatica? *Ergo*, la dogmatica-costruttiva non potendo essere scientifica, si profila solo come *una tecnica della politica?*(12)

Un modo elegante, ma alla fine poco produttivo, per il giurista positivo di settore, di evitare quest'aporia, o questa deriva, è apparso quello che, negli anni '50 del secolo scorso, faceva dire a Norberto Bobbio(13) che la giurisprudenza era sì scienza empirica, ma generalizzante, *come* le scienze naturali, e che peraltro, essendo il suo metodo l'interpretazione, essa poteva assicurarsi una patente di scientificità *non* nella determinazione del *contenuto delle norme*, che restava atto politico-ideologico in quanto valutativo (14), ma solo in quanto procedesse mediante *un linguaggio rigoroso*, come le scienze naturali. Ma questo ideale, che sembra ridurre la scienza giuridica ad analisi del linguaggio (15), non poteva che trascurare, in nome di un nominalismo sistematico, *il problema della coerenza con la realtà*, che ci riconduce all'appuntamento non rinviabile con il *contenuto* delle leggi e delle politiche e con la loro *legittimazione sostanziale*.

Esempio. Nel 2002 il Parlamento che esprime il Governo Berlusconi introduce due nuovi art. 2621-2622 c.c. Il loro "scopo" concreto è quello di abolire o minimizzare di fatto il falso in bilancio, e di cancellare il vecchio tipo d'illecito fondato sulla mera falsità ideologica, per trasformarlo in un reato patrimoniale.

Quale "scienza" è possibile su questi falsi in comunicazioni sociali? Su questa politica criminale?

*La risposta prevalente dell'accademia e degli studiosi* è stata: possiamo solo fare esegesi e interpretazione, o critica del diritto, ma non scienza costruttiva o dogmatica "su" questi prodotti legislativi.

Perché questa reazione? Perché il carattere contingente della strumentalità politica delle nuove incriminazioni è apparsa in contrasto con le linee di una politica criminale razionale internazionalmente consolidata. Di qui, la presa d'atto di un eccesso di politica "di parte" (imprenditoriale), espressa nelle nuove incriminazioni, rispetto a una soluzione legislativa di maggior respiro generalizzante e come tale suscettibile di un'elaborazione scientifica.

Non è tanto la persuasione di un'inevitabile mutevolezza e transitorietà dell'oggetto — quella riforma del 2002 è del resto sopravvissuta già molti anni... almeno sino al 2014 — a privarla di "dignità scientifica": tutto il diritto, del resto, vive sotto la scure e il vaticinio di von Kirchmann, che si oppone ai postulati "metafisici" della scienza quale sapere dell'invarianza "giacché non vi potrebbe essere scienza di cose che scorrono" (Aristotele) (16): da tempo, dunque, siamo abituati a ricostruire l'epistemologia di una disciplina ad oggetto mutevole, sia pur con alcune 'costanti' di tipo tecnico e politico. A rendere poco scientifica quella normativa penale societaria è piuttosto la percezione dell'atipicità, specialità e straordinarietà di una disciplina "eccessiva", orientata alla debolezza politico-criminale dell'intervento preventivo-repressivo nel settore dei controlli sulla veridicità dell'informazione societaria.

Un approccio molto valutativo, si capisce, sull'oggetto della propria scienza: tutto il contrario del modello avalutativo dominante da Kelsen a Bobbio e oltre.

Le domande, pertanto, non cessano di replicare al desiderio del giurista di chiamarsi scienziato, di avere una legittimazione non convenzionale non solo in sede ANVUR, ma più in generale nel contesto del sapere contemporaneo. Il diritto positivo sembra sottrarsi a uno studio meramente descrittivo-avalutativo, ed esigere un approccio di tipo critico.

Esempio. L'UE ci chiede di introdurre il *reato di negazionismo* fondato anche solo sulla minimizzazione dell'Olocausto, come reato di opinione (art. 1.1. lett. *a*), *c*) e *d*) Dec. Quadro 2008/913 GAI del Consiglio, 28 novembre 2008) (17). Infatti, se è minimizzazione, potrebbe apparire non necessario che sia anche istigazione, potendo avere mero significato apologetico (l'apologia dell'art. 414 c.p. prima che la Corte cost. la riconducesse all'istigazione). Se si ammette che l'obbligo "paracostituzionale" posto da una decisione-quadro di criminalizzare sia l'istigazione e sia l'apologia e la minimizzazione di crimini contro l'umanità, di guerra o di genocidio, implica l'introduzione di reati di opinione, ciò appare costituzionalmente conforme solo se l'apologia o la minimizzazione sono concretamente istigatorie (v. Corte cost. n. 65 del 4 maggio 1970 sull'art. 414 c.p.). Ma alcuni vogliono differenziare questi crimini dai "normali" reati oggetto di possibile apologia, e con ciò aprire spazi a forme nuove di apologia punibile anche se non istigatoria, perché non ci sarebbe neppure bisogno di un reato di pericolo: sarebbe già di lesione, alla "dignità" delle vittime (18) dei crimini di cui peraltro ancora magari si discute.

Sono questioni "scientifiche" queste? O non si tratta piuttosto del rinnovato tema della "politica dei beni" e dunque delle scelte di criminalizzazione che precede ogni opzione ermeneutica su tematiche di calda valenza politica in senso lato? Se seguo un allievo nello studio del *negazionismo*, potrò consigliargli allora un approccio davvero "dogmatico"? O questo tipo d'impostazione non rimarrà necessariamente relegato fra le pieghe di una critica del diritto, di una lettura comparata, criminologica, internazionale, storica, politico-criminale etc.? (19)

Questa aporia, dunque, pone sul tappeto l'esigenza di una teoria scientifica, e di una dogmatica (storico-comparata, costituzionale, etc.) distinta dal mero giuspositivismo fondato sul diritto positivo ordinario, europeo etc.

Essa suppone che la scienza penale si definisca come un *contropotere critico*(20). Là dunque dove non si può esigere un collaborazionismo nella legittimazione, basterà un obiettivo di conoscenza critica a base costituzionale ed eventualmente metapositiva.

Nei sistemi giuridici democratici dove esiste la "dottrina" quale fattore di legittimazione, interpretazione, controllo della legislazione e del diritto giurisprudenziale, il suo apporto scientifico appare pluralistico negli orientamenti e nei metodi.

La legge positiva, pertanto, non è una contraddizione, ma materia e sfida dialettica per la costruzione scientifica del diritto. Anche per questo una base epistemologica consolidata del sapere giuridico è che il « diritto » non coincide con la « legge » positiva.

3. *L'aporia della coesistenza della logica amico/nemico accanto alla logica binaria giusto/ingiusto e di utilitarismo/idealismo.* — Passando così dalla conoscenza, e dalla descrizione alla legittimazione, va detto che non si può trattare il diritto penale come una materia ad oggetto naturalistico: che sarebbe il massimo dell'invarianza e dell'avalutatività possibile. *Chi lo studia "dal punto di vista interno" lo legittima almeno un po'*. Poiché il diritto penale è un'arma terribile, che tutela i diritti fondamentali ma li coarta e distrugge nello stesso tempo, la sua conoscenza (scientifica) non è puramente descrittiva, in quanto è chiamata a fare da argine agli arbitri del potere, e a costruire un apparato di garanzie a favore dei diritti fondamentali dei cittadini, che in buona parte sono norme giuridiche vincolanti anch'essi, e dunque fondano quella vocazione anche in chiave giuspositiva.

Lo stesso studio *scientifico* del diritto vede quindi *il diritto penale* come un *limite alla politica criminale* (v. Liszt) (21). Dato che, peraltro, quel diritto è anche espressione della politica criminale reale, che è di regola un programma di lotta alla criminalità con numerosi mezzi, tra i quali però c'è appunto anche il diritto penale, sorge di qui *un'insanabile aporia*: il penalista si chiede come il suo "diritto", basato sulla legge, possa fungere da limite alla politica criminale, dato che è esso stesso il prodotto della politica criminale del legislatore, è un *mezzo* di quella politica che reca con sé l'*imprinting* dell'idea dello scopo, della lotta, della prevenzione generale,

ovvero, talvolta, della discriminazione, della disuguaglianza, se non anche del privilegio (22). E poiché la dogmatica e la scienza giuridica coltivano il mito della legalità, la stessa legalità che esse servono, questa aporia mina alla radice la missione che vorrebbero assolvere. In altri termini, la contraddizione è data dalla coesistenza della logica amico/nemico, estremizzazione del *diritto penale di lotta*, accanto alla logica binaria giusto/ingiusto, il diritto penale come *forma di giustizia*.

Le categorie del giusto e dell'ingiusto si fondano su *un nesso forte col tema della verità*.

Senonché, coesistono con esse le logiche razionaliste-assolute della giustizia senza scopo, ovvero retributiva, o non strumentalizzante i singoli, e quelle opposte della giustizia utile, strumentale, empiricamente commisurata a qualche risultato: questa *aporia filosofica e politica* — la coesistenza di *idealismo razionalista e utilitarismo* — non è mai stata veramente risolta, perché il prevalere di momenti di apparenti logiche strumentali va sempre conciliato e mediato col tema dei diritti fondamentali, dei principi, dei diritti dell'imputato etc.

La *politica*, del resto, pur vincolata a limiti superiori, è dominata *anche* dalle categorie dell'amico/nemico, e già solo per questo ha *un diverso rapporto con la verità*: la sua missione non è (meramente) *rerum cognoscere causas*, ma anche la *salus rei publicae*.

Essa non si nutre, pertanto, di verità, *allo stesso modo* con cui lo fa scienza, ma si occupa di governo delle masse, di persuasione, di logiche elettorali, di consenso, etc. La politica può ritenersi costretta a tacere la verità (23), la scienza no, perché quando quest'ultima cede agli opportunismi, o al populismo, è già strumento di consenso, "tecnica del potere".

Eppure, la politica criminale che si occupa della *lotta* ai nemici della società e comunque al crimine combatte fenomeni che sono davvero da contrastare. Quale dogmatica per una politica criminale di lotta? O c'è dunque una politica criminale senza dogmatica? Tale appare, per es., il c.d. *diritto penale del nemico*; tale è ogni trama giuridica incostituzionale: "descrivibile" dalla scienza (e come tale presentabile in un manuale di diritto), ma non legittimabile, e dunque non "dogmatizzabile" (24). Di qui il suggerimento a *un impiego "antidogmatico" della teoria giuridica*, espressione di conoscenze extragiuridiche, e non solo normative, e di un *cognoscere* non solo *per dogmata* appunto, ma anche *per causas*(25), sì da riportare concettualmente la categoria al significato originario di *corpus* di dottrine (d??ua), e più in particolare a *principi dottrinari oggetto di dimostrazione argomentata*(26).

In breve. Anche la soluzione di questa aporia suppone che la scienza sia dotata di *un criterio di verità (epistemica) e di giustizia (sovralegislativa) superiore* a quello della politica criminale reale del legislatore o della stessa magistratura (*law in action*, diritto vivente) che si esprime nel diritto giurisprudenziale. La scienza giuridica, non appena si misura con un ramo positivo del diritto, ha necessità di sporcarsi le mani con esegesi, interpretazione e dommatica, cioè con la *legittimazione* di quel diritto se lo affronta "dal punto di vista interno", e non solo con la sua *rappresentazione* "dall'esterno": il momento critico di un controllo di razionalità e legittimità sposta il baricentro della sua capacità descrittiva verso il garantismo dei principi quale aspetto costitutivo della sua identità epistemologica.

4. *Il postulato della condivisione dei saperi accanto alla separazione dei poteri.* — A questo punto dell'evoluzione storica assistiamo a un nuovo evento. Vedremo che il *garantismo*, nel significato qui accolto (*infra*, § 12, 13), è una nozione più specifica e penalistica rispetto a ciò che esso significa quando diviene sinonimo di paradigma costituzionale - delle garanzie costituzionali - nella teoria del diritto (27), perché esso assume, *nel penale, una specifica declinazione* collegata alla *riduzione del male* che il diritto penale tende ad aumentare con la pena: la pena come potenziale raddoppio del male, anche nel disinteresse tradizionale per la riparazione dell'offesa alla vittima. Autore e vittima, unitamente ai terzi suscettibili d'indagini penali, sono tutti presenti nella declinazione del garantismo penale, oggi, che presenta *una estensione triadica*, e non monistica come nella classica attenzione al solo autore del reato.

Ciò che oggi emerge nel rapporto con la politica criminale è che l'interprete si occupa anche della politica *de lege ferenda* e della scienza della legislazione, perché sin dall'origine il progetto legislativo è suscettibile di controllo pubblico, dovendo motivare o comunque contenere le ragioni dell'innovazione criminalizzatrice.

Ne risulta *profondamente rivisto il paradigma classico della divisione dei poteri*, che era anche *divisione dei saperi*: se il sapere causale e preventivo non è appannaggio del Governo, ma del Parlamento e di tutti i poteri di controllo preventivo, e se la volontà della legge sottostà dapprincipio a verifiche di controllo sostanziale e pubblico sulla tenuta del progetto legislativo — la riserva di legge in senso sostanziale, la motivazione della legge quale luogo e momento di controllabilità del progetto legislativo —, il *logos* dell'interprete svolge un ruolo centrale anche sul piano della legislazione, anziché dover subire dall'alto il vincolo al vecchio principio *auctoritas, non veritas facit legem*.

Solo un diritto penale non preventivo, ma puramente ascrittivo di colpe/espressivo di valori, può aggirare il vincolo epistemologico del Parlamento e del controllo pubblico: ma è esattamente il contrario del progetto moderno e contemporaneo di una legge orientata a qualche risultato preventivo.

Consegue necessariamente da ciò che la c.d. separazione fra interprete e legislatore non può essere una separazione di saperi, dovendosi invece postulare l'esigenza di saperi comuni, circolanti e condivisi.

Anche se non c'è formalmente un sindacato preventivo di costituzionalità, esso esiste di fatto sempre di più, e non appartiene a un organo qualificato (per quanto il Presidente della Repubblica abbia un "potere" di veto in fase di promulgazione delle leggi), ma al pubblico dibattito, almeno nella misura in cui siano noti i percorsi razionali e meno razionali del progetto legislativo. L'esigenza che i saperi disponibili siano comuni a tutti, e non "riservati" al legislatore, comporta che il *controllo di ragionevolezza e di offensività* sulla legge (art. 3, 25 cpv., Cost.) consideri tutti quei saperi, tanto più se presenti nelle informazioni in *input*, ma anche qualora non siano stati tenuti presenti o rispettati dal legislatore. Il legislatore non è dunque sovrano nel decidere quali conoscenze utilizzare, o nel celarne l'impiego, le fonti, la verifica.

5. *L'aporia del contrasto o del non dialogo fra teoria del reato (scientifica) e teoria della pena (politica)*. — Mentre le due precedenti aporie non riguardano solo il diritto penale, *la terza aporia è tutta penalistica*, e si riferisce alla convinzione pratica che teoria del reato e teoria della pena siano (relativamente) indipendenti, vale a dire, alla possibilità di costruire categorie e istituti penalistici a prescindere dall'assetto complessivo del sistema sanzionatorio: si possono in assoluto definire la colpa o il dolo, qualunque sia il catalogo delle pene concretamente applicato in un sistema punitivo, cioè *a prescindere* dalle sanzioni.

Ecco perché è stato possibile fare "teoria del reato", e dogmatica penale durante il fascismo o il nazismo, mentre "in parallelo" si applicavano la pena di morte, o la tortura, la deportazione o le tecniche di sterminio.

La *teoria del reato* appare *più scientifica* (e non interessa i politici), la *teoria della pena* è *marcatamente politica* (può decidere l'affossamento di un'intera riforma del sistema del codice).

Se per molto tempo le due dimensioni (reato e pena) hanno proceduto in modo indipendente, nondimeno ognuno conviene oggi che da una certa prassi sanzionatoria dipende la legittimazione complessiva del sistema penale — se in un sistema si pratica la tortura e le carceri sono invivibili, i dogmatici raffinati appaiono ideologi ingenui o cinici —; e ognuno ammette che una cultura basata sull'idea preventiva (prevenzione speciale e generale) sia più consona a un sistema penale orientato allo scopo anche nella costruzione degli istituti non sanzionatori, di quanto non lo sia una cultura retribuzionista.

Ma non si tratta solo di questo.

L'aporia dovuta al non dialogo tra reato e pena è ancora più marcata se si considera che il reato è oggi costruito secondo logiche di raffinata elaborazione teorica, mentre la pena è ancora appannaggio di politiche del tutto contingenti, mutevoli, diversissime nei vari sistemi europei e internazionali, ma soprattutto è carente di sufficienti basi di certezza e garanzia in termini di specie e durata. Basta uno scandalo o un qualche morto e si cambiano il codice penale e quello di procedura soprattutto negli assetti sanzionatori e probatori.

La caratura scientifica della teoria del reato è dunque incomparabile con la pochezza della prassi ma anche della teoria della pena: la sanzione civile è matematica (legata al danno oggettivo), quella penale priva di criteri razionali di misura e raffronto tra le cornici edittali, oltre che tra le decisioni concrete che le applicano. Vorrebbe misurare niente di meno che la colpevolezza!

La *pena*, dunque, è oggi una *materia sottratta a parametri rigorosi di stabilità valoriale*: basti raffrontare i diversi sistemi in ordine a quanto “meritano” il furto, la frode fiscale, la diffamazione o l'*insider trading*, e la comparazione sarà sconcertante (28). Ancor meno possibile è realizzare *l'agognata proporzione fra i delitti e le pene*. Come si può commisurare la pena detentiva, la libertà, con i beni giuridici dello Stato, del buon costume, della vita dell'embrione, o della frode in commercio, o della falsa testimonianza, e sperare in una “congruità” sanzionatoria anche solo comparabile con quella civilistica, dove il *quantum* è matematico: danno più interessi e rivalutazione?

Se si basa la pena solo sul *bene giuridico* (il “danno fatto alla nazione” di Beccaria), si rimane arretrati alla responsabilità oggettiva (che è un progresso in diritto civile e un regresso in diritto penale), che prescinde dalla colpa. Se, invece, si fonda la pena solo sulla *colpevolezza*, che è oggi dichiaratamente la base e il limite della sua commisurazione (*in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*), va ammesso che *si tratta di un'entità del tutto priva di basi scientifiche di misura*, che se è già difficile tra i “beni” (l'aspetto obiettivo dell'offesa), diventa impossibile rispetto agli “stati soggettivi” (l'aspetto personale della colpevolezza).

A ciò si aggiungano, in termini di commisurazione preventiva (la pena utile, che guarda al futuro, e non al solo passato), la mancanza di prova e di misurazione dell'efficacia generalpreventiva delle sanzioni, e la continua falsificazione dei programmi specialpreventivi.

Il *retribuzionismo*, d'altro canto, si dimostra oggi *impossibile* non solo sul piano della praticabilità logica ed epistemologica della *misura* della pena, ma *anche sul terreno teleologico dei valori*: non siamo più in grado di accettare che dopo un male prodotto la risposta dello Stato sia essenzialmente quella di “*raddoppiare il male*” ai danni dell'autore dell'illecito, *anziché “riparare” offesa e danno* cagionati. Questo modello antiscientifico appare oggi come una barbarie e non già l'espressione di una giustizia che non si vende, come sembrava a Kant e a Hegel.

Di qui la messa in scacco della stessa teoria del reato, che si voglia radicare su basi di giustizia-proporzione (retribuzionismo), o di giustizia-conforme a uno scopo (utilitarismo).

Proprio l'accentuata politicità della teoria della pena, la sua resistenza a un discorso più scientifico costruttivo, rende l'intera scienza penale carente, zoppa. È una vera aporia di sistema.

Un *compito storico* della nostra disciplina è pertanto il superamento del blocco epistemologico e di legittimazione costituito da questa aporia, attraverso *il recupero di un diverso statuto per la teoria della pena, a base riparatoria, e non retributiva*(29).

6. *L'aporia delle aporie: la frattura tra la forma linguistica (susceptibile di logica e precisione) e il contenuto della legge (scelta di valore). Da Kelsen e Weber al Circolo di Vienna,*

*all'ermeneutica. — Alla radice di tutto, infine, c'è la contraddizione tra scienze empirico-descrittive e c.d. scienze ermeneutico-valutative.*

Per i giuristi tutto comincia, nel Novecento, con Hans *Kelsen*, e la dottrina “pura” del diritto, separata da sociologia, filosofia e scelte di valore, il cui *background* neokantiano — “*Seiendes ist, Werte gelten*” (ciò che esiste è, i valori vigono) — radicalizzava la divisione tra il regno causale della natura e quello valoriale e teleologico dei fini, tra la descrittività avalutativa dei fatti (*Sein*) e la prescrittività valutativa del mondo etico-giuridico (*Sollen*) (30), e quindi tra causalità e imputazione, natura e società (31) etc.: la dottrina del diritto restava libera da scelte di valore in quanto descriveva il dover essere senza prescriverlo, ma il giurista positivo, e il giudice con esso, erano immersi nelle valutazioni e quindi nella politica, nella filosofia, nella sociologia, nella morale etc.

Per il positivismo di Kelsen ogni decisione sull'interpretazione era di fatto politica — e dunque sia il legislatore e sia il giudice, a distinti livelli, facevano politica, ma non lo studioso “puro” —, restando scientifica solo la descrizione delle interpretazioni possibili, non di quelle utili-necessarie-giuste. Un compito irricevibile per il giurista positivo, che *non ha mai preso sul serio una simile direttiva*, senza per questo sentirsi un mero tecnico della politica.

Per questo tutta la scienza penalistica del Novecento, pur rendendo onori formali al kelsenismo e ai suoi “allievi” di diverse scuole, ha costruito il proprio metodo su categorie di “scienza dogmatica” che sono inconciliabili con l'ideale scientifico kelseniano.

L'esito antiscientifico dell'interpretazione del diritto non poteva non discendere anche dalle impostazioni di Max Weber: è noto quanto influente, anche se contestatissimo, sia stato attraverso la sua opera l'imperativo di separatezza tra scienza e politica, tra fatti e valori, per tutta la “logica delle scienze sociali”, fino almeno agli anni '60 del secolo scorso (32): i valori erano delegati a opzioni emotive e non razionali, così separandosi nettamente il campo della scienza e della razionalità scientifica da quello della politica e della (diversa) razionalità rispetto a fini e valori: la scienza è incompetente a formulare qualsiasi giudizio di valore, e quindi a determinare una decisione pratica (33).

Pure questa corrente di pensiero è rimasta estranea al concreto operare del giurista, che anche di fronte alla critica marxiana del carattere ideologico del diritto non si è sentito di regola toccato: un'eccezione “penalistica” singolare fu rappresentata proprio dalla criminologia critica e dal dialogo tra Bricola e Baratta, mentre imperava la cultura di ascendenza humiana ma anche viennese della “grande divisione” tra proposizioni descrittive e prescrittive, attraverso la *is-ought question* e la filosofia analitica.

Infatti, la grande frattura epocale tra scienze naturali, empiriche ed esatte e scienze dello spirito (o della cultura, o ermeneutiche) (34) attraeva gli stessi giuristi come modello epistemologico: il mito dell'esattezza e della precisione del linguaggio saranno a lungo sia un retaggio del valore della certezza del sapere che deve tanto all'insegnamento di Cartesio fino alla polemica del Seicento contro la retorica, e degli illuministi contro l'indeterminatezza di fonti e contenuti della legge, e sia retaggio della ipostatizzazione della cultura antimetafisica del *Wiener Kreis*: già alla fine degli anni Venti del secolo passato *Il manifesto del Circolo di Vienna* considerava metafisica o priva di senso ogni disciplina o proposizione non giustificabile in termini empirico-matematici (35) e in quelle premesse affondano le proprie radici la formazione di tanti giuristi attratti, oltre che da Kelsen (separazione *sein/sollen*), dal paradigma delle garanzie linguistiche dell'interpretazione da raggiungersi attraverso il *drafting* legislativo, le definizioni esatte, la logica, e dunque la ‘forma’ logica e linguistica delle parole della legge, ma non le scelte di valore, che ne costituiscono il ‘contenuto’ (36).

*Aporia delle aporie*, questa radicale divergenza tra controllabilità scientifica della forma, ma non del contenuto, segna il punto di rottura tra il radicalismo della dicotomia tra fatti e valori,

descrizione e prescrizione, il momento di crisi della grande divisione humanea.

C'è chi è rimasto fermo alla contrapposizione tra il *Wiener Kreis*, o tra il neopositivismo del secolo scorso, e l'ermeneutica. Le discipline umanistiche, secondo Heidegger, non possono essere "esatte", la loro scientificità sarebbe quindi contrassegnata da questa inesattezza, dalla critica delle fonti e non dall'esperienza (37). Viceversa, la scienza moderna, oltre che esatta, si concentra nella ricerca, che è orientata a un prodotto, a essere resa "operativa", e quindi programmabile in istituti, progetti, risultati: "lo studioso scompare. Il suo posto è preso dal ricercatore, tutto impegnato nei suoi programmi di ricerca. Il ricercatore non ha più bisogno di biblioteche personali. È sempre in viaggio. Delibera nelle riunioni e s'informa nei congressi. Si lega a imprese editoriali. Gli editori intervengono nello stabilire quali libri debbono essere scritti. Il ricercatore assume necessariamente e da se stesso la figura del tecnico" (38).

In questa descrizione Heidegger parteggiava ovviamente per le scienze della cultura, che restavano estromesse completamente dal paradigma "monistico" di unità della scienza sostenuta dal neopositivismo.

A questo modello "negativo", dal punto di vista delle *Humanities*, l'ermeneutica ha contrapposto un sapere costruito su paradigmi alternativi a quelli della ricerca di "leggi generali", ma anche alternativo alla vecchia idea di scienze del tutto individualizzanti, ideografiche, comprendenti, o basate su un inafferrabile *Erlebnis*(39), dove la storicità dell'intendere, la pre-comprensione, il peso della tradizione e l'orientamento all'applicazione costituiscono un interprete che ha capacità produttiva del suo stesso oggetto di conoscenza: nella rilettura che ne darà *Gadamer*, le discipline ermeneutiche non dipendono da un qualche "metodo" scientifico-naturalistico, anche se hanno una loro metodologia (storica, giuridica etc.), perché la loro "verità" è sempre connessa a una qualche *applicatio*, a uno scopo applicativo contestualizzato nell'attualità, nel presente, che dipende da una precomprensione legata a una storia degli effetti delle precedenti letture di un testo (la c.d. "Wirkungsgeschichte"), a una tradizione che non rispecchia un modello generalizzante, ma molto storicizzato di conoscenza (40); *il diritto* diventa, in questa lettura, un *vero paradigma epistemologico* per le *Kulturwissenschaften*(41), ma anche l'arte vi appartiene (42), e dunque lo scopo del comprendere ermeneutico, allargato a tutte le esperienze dell'esistenza, è ben diverso dal rispetto di un metodo o della *mens auctoris* di un'opera o di un testo.

Oggi che il positivismo logico, che riduceva ogni valutazione a metafisica, non è più attuale, possiamo ammettere serenamente che anche il kelsenismo, che pure escludeva le valutazioni dalla scienza "pura", non ha mai attecchito presso i penalisti (43). E anche la filosofia ermeneutica (44), nelle derive postmoderniste che annullavano i fatti nelle valutazioni e l'oggetto nel soggetto conoscente, e quindi il metodo nella verità soggettiva, ha certo perduto lo smalto "decostruzionista" che conservava ancora qualche lustro fa. Certo che al giurista sta sicuramente stretto il ruolo di mero "tecnico" al quale la cultura dominante ancora lo relega (45). La dogmatica, che partecipa più dei valori delle scienze ermeneutico-culturali, cerca da sempre una legittimazione più ampia di tipo epistemologico con le culture più rinomate, una patente di scientificità riconoscibile anche dai non giuristi (46). Il paradigma della *certezza cartesiana* presenta peraltro un'apparente migliore assonanza ideologica con la *certezza giuridica* e con i postulati del neopositivismo, che riecheggiano nelle opere dei penalisti (47), come pure risuonano nella teoria del reato alcune matrici della filosofia analitica legata alla "grande divisione" (48).

7. (Segue). *Dal monismo al riduzionismo, dal separatismo al sincretismo di ermeneutica e scienza penale integrale.* — Noi siamo certi che non possiamo ridurre la scienza giuridica a un sapere causale, empirico-descrittivo, né a mera descrizione di interpretazioni, ma neppure limitarla a sole interpretazioni (prescrittive) di leggi: a mera glossa logico-formale di un testo scritto. Una simile operazione, infatti, ne tradirebbe l'essenza di sapere complesso e integrato, costituito da diverse discipline concorrenti, fatto di conoscenze empiriche e di valori, di scienza e politica, ma anche di tecnica normativa, perché tutte queste conoscenze devono interagire già in sede di costruzione legislativa della regola, e dunque non possono rimanere poi escluse dall'interpretazione.

Ma se un vero *monismo metodologico* (sola scienza causale, o sola disciplina ermeneutica di tipo logico-normativo) è sempre apparso una condanna a morte per la stessa identità della giurisprudenza (49), *anche le forme di riduzionismo* non sono state *mai appaganti*.

Ricordo le torsioni argomentative di Bobbio, negli anni '50, per dimostrare che il diritto, sì, si avvicinava alle scienze naturali, perché descrittivo di una realtà di norme, perché fondato su un'analisi del linguaggio rigorosa, e via discorrendo.

Lo stesso Bobbio, sempre all'inizio degli anni '50, ammetteva che non aveva più ragion d'essere una concezione epistemologica generale basata su verità scientificamente immutabili, esatte, universali o necessarie, ma piuttosto su basi falsificabili e probabilistiche (50). Tuttavia, rimaneva l'attrazione metodologica del positivismo logico e la sua operazione restava *riduzionista*: si cercava di trovare nel linguaggio scientifico la patente di legittimazione per la scienza giuridica, ma non per il diritto o per la giurisprudenza, che come soluzione di conflitti di interessi, conservavano un carattere politico-ideologico e valutativo, come tale "non scientifico" (51).

Senonché, da tempo, le stesse scienze naturali non hanno più la pretesa, ma neppure il riconoscimento, di un monopolio epistemico (52), sono accomunate alle scienze sociali dal principio di falsificazione, dal procedere per congetture e confutazioni, per tentativi ed errori, dall'organizzare il proprio discorso secondo un linguaggio tecnico, in un ordine coerente o sistematico (53), e tutte quante queste discipline convivono con situazioni costanti di incertezza nomologica e pluralismo scientifico (54).

Sia nella logica del vivente in generale, ma ancor più dove comincia qualcosa di umano, e non solo di umanistico, come in biologia, accanto a chimica, fisica e leggi, subentrano tendenze, finalismi, evoluzioni, progettualità oggettivate in natura, teleonomie irriducibili a momenti eziologici di spiegazione (55). Nelle *Humanities* questo dato è un truismo: il "riduzionismo" dello stato fisico-cellulare, quale modello eziologico, è sempre una spiegazione insufficiente.

La vecchia contrapposizione tra *Geistes* o *Kulturwissenschaften* e *Naturwissenschaften*, a tale riguardo, non può più risultare illuminante, se si traduce in un *separatismo epistemico*.

Non è vero che il diritto come scienza sia solo individualizzante (56), né è vero che non si avvalga di leggi scientifiche, di paradigmi nomologici: perché sia la costruzione delle leggi *ex ante*, sia i processi d'invalidazione e verifica delle stesse a posteriori, traggono elementi fondamentali da saperi empirici e nomologici, che costituiscono un ponte tra essere e dover essere, tra causalità e imputazione etc.

C'è dunque *un nesso epistemico* fra leggi normative e leggi scientifiche dalla genesi all'interpretazione, dall'applicazione alla critica del diritto.

Lo statuto epistemologico del diritto penale, in ispecie, è più complesso, come vedremo, e *il modello delle scienze penali complessive o della scienza penale integrale rimane l'unico percorribile*.

Le *scienze giuridiche*, che hanno a che fare addirittura con il dover essere, e non con l'essere, *non riguardano il solo linguaggio o gli enunciati legislativi* (le disposizioni), ma il risultato delle interpretazioni di esse (le norme) (57), ma proprio per questo non possono neppure venire ridotte ad ermeneutica di testi, cioè limitate a sole conoscenze e interpretazioni di leggi, a un normativismo integrale. Esse non sono meri *decaloghi*, ma contengono *progetti* di modifica delle diverse *realtà* e in questi progetti sono contenuti saperi empirici che condizionano la legittimità e il contenuto delle leggi stesse, *in input* e *in output*. Quei medesimi saperi sono allora decisivi per la stessa interpretazione delle leggi come progetti di intervento sulla realtà, e parametri di imputazione *ex post*, e non come mere regole di comportamento *ex ante* (58). C'è quindi un'inestricabile convivenza di sapere ermeneutico e sapere empirico nel paradigma composito di

una scienza sociale e normativa (59). A differenza di quanto potevano pensare alcuni grandi Maestri del Novecento, da Gorla a Bobbio (60), interpretazione e teoria del diritto (o “conoscenza storica e naturale del diritto” per Gorla) non sono “incomunicabili”, perché c’è un nesso, e non un vuoto, tra essere e dove essere.

Un nesso *diverso* dalla gius-natura del vecchio *diritto naturale*(61).

Non solo *nella bioetica e nel biodiritto*, orientati alla costruzione di un “ponte” tra essere e dover essere (62), e anche alla mediazione culturale tra stranieri morali, ma più in generale nel rapporto tra diritto, scienza e decisioni democratiche su questioni attinenti a valori, scelte politiche etc., assistiamo oggi a un profondo recupero di una razionalità discorsiva, probabilistica, che si fa mediatrice tra fatti e valori (63), e che trova *nella giurisprudenza addirittura un vero paradigma epistemologico: un modello epistemico per altre scienze*(64).

La dimensione dei principi, poi, ha reso inattuale, oltre che non realistico, il modello separatista e autonomista pensato per la stessa scienza muovendo dalle premesse antimetafisiche, ma anche avalutative, dell’epistemologia del Circolo di Vienna. Oggi ogni discorso sedicente scientifico in materia giuridica, che non si proponga di essere ideologico dall’inizio, non si prefigge semplicemente conoscenza, ma anche capacità di intervento sulle decisioni e sulla realtà, senza con ciò trasformare in ideologia la trama dei principi.

Il giurista ‘prescrittivo’, e dunque dogmatico, concepisce se stesso come parte di una disciplina scientifica. È così da sempre, ma per oltre mezzo secolo ha dovuto pensare alla propria disciplina come a una sorta di anomalia, una dubbia eccezione tra quasi scienza e non scienza, stentando a trovare le coordinate per un discorso dialogico con le “culture superiori”, quelle delle scienze naturali, da un lato, e delle “vere” *humanities* filosofico-letterarie, dall’altro.

8. *Perché l’interpretazione di enunciati legislativi non ha l’esclusività scientifica, ma co-definisce gli oggetti epistemici.* — L’esegesi e l’interpretazione *suppongono e producono* una cultura ermeneutica di valore inestimabile. Si tratta di una vera creazione dello spirito umano che ogni giudice, ogni avvocato, ogni studioso, ogni studente di giurisprudenza può cogliere (65).

Lo studio del diritto, che è a sua volta oggetto e risultato dell’interpretazione, e dunque della scienza giuridica che la presuppone, non è costituito solo da *enunciati legislativi*, da atti linguistici o di volontà, perché dagli enunciati si passa ai loro significati e da questi alle materie regolate che si riflettono sul contenuto degli enunciati stessi. *Non sono solo le disposizioni* di legge e i loro testi, perciò, a definirne il campo d’indagine, ma anche *le norme*, quali prodotti dell’interpretazione stessa depositati in decisioni, casi, ricostruzioni teoriche più generali.

E poiché le “norme”, a differenza delle disposizioni, dialogano con la realtà regolata molto di più, oggetto dell’interpretazione diventa anche la materia normata: ciò che impedisce di far sì che l’oggetto della stessa scienza giuridica sia limitato agli enunciati legislativi.

Bobbio, e i suoi discepoli ed epigoni, potevano ritenere che se la realtà regolata fosse stata oggetto della scienza giuridica (o della teoria del diritto), allora si sarebbe perduta l’autonomia del diritto dalla sociologia e dalla politica. Ma l’estensione della conoscenza dalle disposizioni alle norme rende impossibile quel mito del positivismo giuridico di matrice analitica, che solo la stagione ermeneutica ha contribuito definitivamente a sfatare.

Accanto alla libera interpretazione di un testo (letterario, storico, filosofico, musicale, religioso etc.) c’è per il giurista un compito del tutto peculiare: occorre individuare una *right answer*, una soluzione corretta. L’interpretazione giuridica non ammette soluzioni artistiche, ma segue parametri e regole di *deontologia ermeneutica*, nel cui perimetro possono collocarsi invenzioni e scoperte (66).

Oggi dobbiamo anche distinguere tra interpretazione dottrinale e giudiziale, di regole e principi, di leggi e di casi, tra interpretazione e applicazione, interpretazione conforme e ordinaria, storica, sistematica, evolutiva etc.

La costruzione di questa deontologia, che per il diritto penale ha anche forti valenze garantistiche (per es. divieto di analogia *in malam partem*), appartiene a *un primo momento scientifico* del sapere giuridico, che mira a coerenza, eguaglianza, ordine concettuale, generalizzabilità delle soluzioni. Essa non è riducibile alla dialettica amico/nemico, difensore/pubblica accusa, politica/idea dello scopo, e dunque non è in realtà davvero riducibile a pura politica, contro Beccaria, contro Kelsen: l'interpretazione, se legata a contenuti spesso storicamente determinati delle leggi, tuttavia li deve inserire in un quadro più ampio di sistema, e in ogni caso è condizionata da paradigmi, principi e regole precostituiti allo stesso legislatore.

Ciò detto, va subito aggiunto che se gli aspetti scientifici più problematici del lavoro del giurista si annidano nell'interpretazione, accanto ad essa, accanto al codice della città, giustamente demistificato da Carrara, accanto a ciò che irridevano Pascal e von Kirchmann, c'è una attività ricostruttiva e costruttiva che allarga l'orizzonte e il metodo del giurista, inserendo nel suo universo conoscenze fattuali, extragiuridiche, extrapenali, che sono decisive per la costruzione delle leggi e in parte per la loro applicazione, ovvero per la loro invalidazione.

Per questo si può dire conclusivamente che l'interpretazione di enunciati legislativi non ha l'esclusività scientifica nel metodo del giurista, pur offrendo un contributo fondamentale alla costruzione degli oggetti della sua disciplina.

9. *Momenti indiscutibili di scientificità ricostruttiva e costruttiva. Scoperte e invenzioni.* — *Storia e comparazione* sono materiali tra i più obiettivi, più descrittivi (67), anche se non staccati dalla *applicatio*, dalla costruzione di un oggetto quale prodotto dell'ermeneutica che risente del punto di vista dell'osservatore e del suo dialogo con i contemporanei (68), tanto più quanto le analisi storiche e comparate siano inserite "dentro" a uno scritto dogmatico o di diritto attuale.

Poi viene la ricostruzione del *diritto positivo*. Qui il carattere scientifico dell'attività è assai differente. L'interpretazione è sempre politica, ma entro *limiti* segnati dalla subordinazione e dalla fedeltà dell'interprete a *regole deontologiche*. In realtà, lo spessore storico-comparato dell'approccio conferisce all'interpretazione una base epistemologica più forte e sicura, sia nell'intendimento, sia nella critica e nella correzione del testo di legge, soprattutto nelle questioni di "parte generale", che rimangono quelle più scientifiche, dato che nella parte speciale e nelle leggi complementari la ragione politica delle discipline assume di regola caratteri più marcati.

Esempio. L'art. 41 cpv. c.p., delimita da sempre le cause "interruttive" della causalità giuridicamente rilevante alle sole cause "sopravvenute" da sole "sufficienti a cagionare l'evento". Solo queste possono "break the chain of causation", come pure ci si esprime in *common law*. Quelle preesistenti o simultanee non possono valere a escludere l'imputazione obiettiva dell'evento, ma semmai essere valorizzate solo in chiave soggettiva. Perché? La lettura che da sempre abbiamo adottato spiega che quelle preesistenti — anche se rarissime, eccezionali o incommensurabilmente sproporzionate, inerenti alla sfera giuridica di terzi etc. — possono essere conosciute da qualcuno e dunque sfruttate dolosamente, mentre quelle sopravvenute no. Se l'imponderabilità o sproporzione di quelle preesistenti escludesse l'imputazione oggettiva, anche chi le avesse sfruttate dolosamente andrebbe esente da ogni responsabilità: il che appare inaccettabile. La distinzione ha dunque un senso ben preciso (69). *Storia e comparazione* confortano questa conclusione. In *common law*, per es., vige la *thin skull rule*, secondo la quale non si può escludere la causalità tra condotta ed evento se la vittima presenta debolezze imponderabili ed eccezionali dovute alla sua costituzione, come nel caso del cranio particolarmente sottile: in questi casi, l'autore deve prendere la vittima così come la trova ("the defendant must take his victim as he finds him"), del tutto a prescindere dal fatto che si sia reso conto delle particolari condizioni del soggetto passivo (70). Questa *conferma comparata* è

suffragata anche da un interessante *riscontro storico* sulla giurisprudenza dell'Ottocento, che possiamo trovare in Francesco Carrara: la particolare debolezza delle ossa del cranio del ferito non impedisce il titolo di omicidio nell'imputazione dell'evento al feritore, quando questi doveva conoscerne (essendone il fratello) la debolezza. Soluzione soggettiva, dunque, non oggettiva, restando comunque la causalità e non applicandosi la disciplina del "caso fortuito" (secondo le categorie del tempo) (71). Si può adottare una soluzione totalmente soggettiva ammettendo sempre la causalità, e riservando questioni di tipicità/nesso di rischio a profili diversi dalle concause sopravvenute, ma una volta adottata un'impostazione di selezione oggettiva tra le concause, la soluzione del codice del '30 appare razionale nell'escludere quelle preesistenti e simultanee.

Accanto alla *ricostruzione* esegetico-interpretativa e storico-comparata, obiettivo della *scienza come conoscenza* è lo studio della *realtà giuridica*, che suppone la conoscenza della *materia regolata*: che sia il mercato finanziario, il diritto commerciale e fallimentare, la pubblica amministrazione, la sicurezza del prodotto o del lavoro o dell'ambiente, oppure la criminalità organizzata, tutte queste realtà suppongono conoscenze empiriche, giuridiche, criminologiche etc. che entrano nel bagaglio dei saperi in *input* (per il legislatore), ma in parte anche in *output* (per l'interprete). Tanto che la stessa *legge penale* deve essere, oggi, sempre più spesso "*motivata*" *ex ante* — e come tale controllabile dalla ragione pubblica e controllabile *ex art. 3 e 25 cpv. Cost.* — all'interno del progetto preventivo che intende realizzare.

Oltre a questa dimensione di scienza sociale, c'è poi, da sempre, per il giurista interprete, anche la "*costruzione*" di *categorie e di istituti*.

La distinzione tra "*scoperte*" e "*invenzioni*" potrebbe sembrare inadatta alle discipline giuridiche. Il diritto, infatti, appare come un prodotto largamente (per taluni totalmente) *artificiale*.(72) Come tale, esso può essere più facilmente avvicinato, nella sua essenza, a una *tecnica*, più che a una realtà pre-data suscettibile di scoperta. Si scoprono (ma non si brevettano!) le leggi scientifiche pre-costituite allo scienziato (da lui in qualche misura "indisponibili"), mentre si inventano le tecniche per utilizzarle a qualche fine pratico-applicativo.

Eppure, all'interno della sua costruzione, ci sono *elementi di struttura* ed *elementi più funzionali*, istituti e categorie che ne costituiscono il *background* e istituti che invece servono a uno specifico scopo normativo. I primi appaiono suscettibili di scoperta, e se non vincolano come una *Natur der Sache*, certo condizionano qualunque soluzione politica, mentre solo una peculiare disciplina degli stessi appare avvicinarsi al concetto d'invenzione. I secondi, invece, attratti da principio in una logica mezzo-fine, funzionalistica e teleologica, dipendono interamente da quello scopo come una tecnica applicata.

Però ognuno comprende che il collegamento tra scoperte e invenzioni appare molto articolato e complesso, non essendo lineare la demarcazione tra di esse come quella naturalistica fra scienza e tecnica.

Si possono mutuare, con qualche adattamento, i paradigmi del diritto industriale e del diritto d'autore per come valorizzati in campo bioetico e del biodiritto per individuare il criterio della *brevettabilità del vivente*: cioè la traducibilità tecnica di una conoscenza naturale. È noto che una scoperta (di una legge scientifica per es.) non può essere brevettata, non essendo il risultato di un'innovazione tecnologica di tipo industriale; è parimenti noto per es. che un'invenzione biotecnologica può essere brevettata se non è producibile anche dalla natura, perché se così fosse, non trattandosi di un prodotto integralmente ed esclusivamente della tecnica dell'uomo, non sarebbe suscettibile di brevetto (73).

Solo il prodotto della tecnica inventiva, se innovativo e riproducibile, è suscettibile di brevetto. Ora, nella ricerca giuridica nulla è brevettabile, ma sono protette dal diritto d'autore le opere dell'ingegno. Rispetto a queste ultime non si usa distinguere fra scoperte e invenzioni, in quanto il

riferimento è a testi scritti, al loro contenuto e alla loro forma *insieme*. Ma noi non possiamo sentirci vincolati a parametri normativi di diritto industriale per discutere se e in che misura si possa parlare di scoperte scientifiche in campo giuridico.

Si potrebbe dire che una *scoperta* è la *categoria dell'antigiuridicità*, mentre un'*invenzione* è quella del *fatto tipico*.

La prima categoria “rivela” un meccanismo obiettivo di funzionamento del rapporto tra fatto e scriminanti. Mentre il fatto tipico è carico di esigenze garantiste, “serve” a uno scopo di garanzia, ha finalità molto pratiche, prima che conoscitive: non è come la differenza oggettivo/soggettivo, che costituisce un'applicazione in campo giuridico di categorie dell'epistemologia moderna. Però, una volta accolta la categoria della tipicità, è possibile “scoprire” o “valorizzare” *al suo interno* istituti antichi e nuovi: antichi, come quello del nesso causale, e più nuovi, come il nesso di rischio che si aggiunge alla mera causalità giuridica: dentro a una categoria “inventata”, dunque, è possibile “scoprire” elementi che la compongono (74). Il nesso di rischio, a sua volta, serve a implementare il principio di responsabilità per fatto proprio, che è insieme una scoperta e un'invenzione: una scoperta, perché si tratta di un principio che va affermato e costruito intellettualmente prima di realizzarlo nella legislazione e prima del principio di colpevolezza, ma è anche un'invenzione, perché non è un'entità di tipo “naturale”, ma una costruzione deontologica.

Un'invenzione sono la teoria del più probabile che no, oppure il requisito di un livello significativo di rischio nel fatto del dolo eventuale: sono *tecniche di imputazione*, non dati di realtà che il diritto recepisce.

Il problema più generale, nelle *Humanities*, nelle *discipline ermeneutiche*, è che i prodotti della cultura umanistica appaiono come “creazioni” culturali, e dunque sembrano l'antitesi della scoperta, ancorata di per sé a dati che l'uomo non ha creato egli stesso. Tuttavia, una parte rilevante di quelle tecniche e invenzioni è suscettibile di essere “osservata” e “isolata concettualmente” una volta che si sia sviluppato un certo livello di legislazione o di complessità del sistema giuridico. La sua analisi e osservazione, a quel punto, consente di scoprire meccanismi di funzionamento indipendenti dal singolo osservatore e riconoscibili anche dagli altri.

Il concetto di scriminanti e di scusanti, che suppone quello d'illiceità e di colpevolezza, riguarda due elementi strutturali del reato che non costituiscono una mera tecnica costruttiva, ma una vera scoperta scientifica, pur variamente declinabile e traducibile in diverse culture (75).

Come la maggior parte delle “scoperte” nel nostro campo, si tratta di *acquisizioni collettive della ragione pubblica*, non di una folgorazione individuale: quel meccanismo che, nella stessa storia della scienza, è stato definito un “*collettivo di pensiero*” quale contesto per il riconoscimento e l'affermazione delle scoperte scientifiche (76).

La *parte generale*, per es., è il regno delle categorie e degli istituti di formazione dogmatica, ottenuti in via induttiva dal diritto positivo (da gruppi di molte incriminazioni), e in via deduttiva, da principi superiori (77), e contiene le “costruzioni” scientifiche più rilevanti della nostra disciplina, spesso suscettibili di importanti riscontri storico-comparati.

10. *Nuova declinazione della great division, tra ricerche individuali e collettive.* — È così che la “grande divisione” che ci troviamo a dover affrontare, non è più tanto quella della c.d. legge di Hume, l'indeducibilità del dover essere dall'essere, la divisione tra proposizioni descrittive e prescrittive, tra fatto e valore, essendo questi dati compresenti - anche se non confusi - nella materia giuridica, che quando descrive l'inadempimento o il riciclaggio li valuta nello stesso tempo. Si tratta piuttosto della divisione tra *ragione pubblica* e *ricerche individuali*, cioè si tratta di scegliere se impostare il dialogo con il potere a livello individuale o collettivo, se fare ricerche solitarie o di gruppo, se fondare il discorso nei termini di elaborazioni originali e personali, oppure d'intelletto pubblico, di ragione pubblica: che non significa abbandonare le ricerche e le scoperte o

invenzioni “individuali” a favore di sole ricerche in *team*, ma coltivare la riconoscibilità collettiva delle soluzioni, non (o non soltanto o prevalentemente) l’originalità linguistico-concettuale di universi irripetibili come se fossero un’opera d’arte.

Ecco perché la “creazione individuale”, per diventare scoperta riconoscibile a livello generale, deve passare attraverso i percorsi di un “collettivo di pensiero”, della ragione pubblica.

La moltiplicazione delle competenze e degli attori, la capacità di organizzazione politico-culturale di soggetti non accademici, hanno messo in crisi il ruolo tradizionale dello studioso universitario, così come le ricerche individuali di romantici inventori di tecniche o scopritori di verità. Posto di fronte al rapporto con il potere politico, egli per molto tempo ha preferito gestirlo più a livello individuale che non come classe o collettivo, perché a livello di classe temeva di perdere quell’autonomia culturale giustamente rivendicata, perseguendo talvolta anche il vano successo di un riconoscimento tutto personalistico nel rapporto col potere. Questo dato, peraltro, ha di fatto perpetuato un’indubbia debolezza nella visibilità pubblica della voce della scienza, sostituita, a livello di immagine collettiva, da politici, giornalisti e tuttologi del diritto.

Per coloro, invece, che pensano a quel rapporto in termini di un intervento collettivo, esso si profila meglio a livello di associazioni di categoria (ANM, Camere penali, Associazioni di Professori, Organismi ministeriali, accademici, etc.), perché è quello il canale istituzionale più naturale, che conserva integro presso i singoli l’esercizio del sapere, puro o compromesso che sia secondo le preferenze personali, ma comunque liberamente scelto e coltivato.

Nelle associazioni di categoria, nelle “scuole penalistiche”, nelle ricerche in *team*, è possibile esprimere sia forme di ricerca scientifica obiettiva, e sia anche una politica criminale più pronunciata, una presenza dialogica o critica verso il potere e la politica istituzionale che consenta una forza d’impatto più rilevante.

Questa dimensione tocca in modo diretto il rapporto tra scienza giuridica e potere.

11. *Intelletto pubblico e ragione pubblica vs. scoperte e invenzioni individuali.* — *L’obiettivo del « progresso scientifico »*, nelle nostre discipline, spesso non consiste in un’acquisizione di migliori conoscenze *cumulative*, né nell’*alternarsi* di paradigmi ricostruttivi *antagonisti*, ma *in un adattamento sicuro delle “conoscenze collettive”* (che sono realtà diversa dalle “scoperte individuali”) *al profilo delle garanzie*(78), che non è un’acquisizione gnoseologica statica o definitiva, ma un compito storico quotidiano. Questo non elimina certo la perdurante preminenza d’indagini individuali, ma il contributo finale, quello che dovrà stabilire il “riconoscimento” da parte di una *opinio communis* o migliore, dipende da una inevitabile pluralità di qualificati osservatori e giudici (79).

Il fine di conoscenza collettiva ci pare dunque imprescindibile, più dell’affermazione d’idee individuali, se è vero che *l’intelletto è sempre un intelletto “pubblico”*(80).

Ha scritto Rawls che la *Supreme Court* esprime l’idea di *public reason* in quanto dà una motivazione delle regole che la legge non avrebbe (81). Va peraltro osservato che non è essa sola a farlo, trattandosi di un discorso collettivo che coinvolge molti soggetti, ormai, dal legislatore stesso (che motiva sempre di più) in avanti. Vero questo, la teoria scientifica che viene elaborata anche “sulle” decisioni della Corte di Cassazione, per esempio, dovrebbe mirare a risultati che riguardano più che idee originali e individuali — lasciate giustamente ai percorsi argomentativi delle ricerche dei singoli -, la ragione pubblica. C’è, in effetti, un’esigenza di costruire la trama e la trasparenza del potere attraverso la dottrina e la giurisprudenza.

Poiché la magistratura non è nella sua interezza (giudicante e requirente), un’istituzione di mera garanzia, il discorso ci porta direttamente dentro al problema della democrazia penale.

12. *Democrazia penale.* — Sul piano del rapporto tra scienza e potere politico, il nucleo del problema della *democrazia penale* può essere visto nella *contraddizione fra un sapere elitario e aristocratico tradizionale*, in passato gestito dall'accademia, e *l'idea stessa di democrazia "maggioritaria"* (82).

Questa *ennesima aporia* è però oggi trasformata in una dialettica positiva dalla pluralistica estensione degli attori del discorso penalistico (legislatore, magistrati, avvocati, studiosi etc.).

È la crisi del legislatore a dominare il campo, insieme all'energia cinetica delle iniziative delle Procure della Repubblica.

Il *sapere accademico* ha sempre avuto *due postulati*: la forza del legislatore, quale 'fonte' (anche se non esclusiva o ultima) del diritto, e la magistratura giudicante quale interlocutore principale (ma non 'fonte', tradizionalmente) a livello ermeneutico.

Oggi il primo è in crisi evidente, mentre la magistratura giudicante è affiancata e molto condizionata nel dibattito pubblico, nell'« agenda » dei temi da trattare anche *in diritto*, dalle iniziative dei pubblici ministeri, che non sono istituzioni di garanzia, a differenza dei giudici.

In Italia, inoltre, si registra un netto dominio di un legislatore europeo e di Corti sovranazionali dalla giurisprudenza vincolante (giurisprudenza-fonte), su legislatore e Corti nazionali. Questa *occupazione legislativa e giudiziaria sovranazionale*, estesissima anche al campo penale, *trasforma i soggetti, ma forse anche i termini del discorso* relativo alla democrazia penale (83).

Le scelte prima legislative, e poi giudiziarie, ovunque esse siano allocate, *non hanno più un centro di imputazione unitario. Sono cambiati gli attori del discorso penalistico, aperto alle Corti e all'avvocatura, e non solo agli studiosi.*

*Lo stesso potere politico ha mutato identità: è diffuso, più anonimo* (84), e *coinvolge l'interprete*; esso non è più costituito dal solo Leviatano — che pure rimane — , ma è distribuito a diversi livelli e in ordini non sempre chiaramente gerarchici.

*La scienza* dispone al riguardo di *un osservatorio necessariamente più generale della magistratura*, che è pur sempre chiamata a compiere decisioni su questioni singole, individuali, anche se le motivazioni delle stesse possono risultare più generalizzanti. L'osservatorio della scienza rimane peraltro (più) generale se essa non è limitata dai ruoli istituzionali o professionali dei soggetti che la esercitano (professori, o studiosi che siano anche avvocati, pubblici ministeri, giudici, etc.), se si esercita *una conquista continua e difficile d'indipendenza intellettuale, di autonomia scientifica anche dai ruoli professionali*, se le *scuole penalistiche* escono dalla gestione occulta dei concorsi e non rimangono arroccate in gruppi di potere locale di distribuzione dei ruoli accademici, per riguadagnare, quando ne hanno la forza intellettuale che è la loro vera ragione d'essere, un profilo più alto d'interlocutori e costruttori della ragione pubblica.

13. *Il ruolo del sapere accademico fra tecnicismo e garantismo penale.* — *Il rapporto fra potere politico e scienza penale costituisce lo spartiacque fra il garantismo e il tecnicismo*, perché *entrambi* individuano *diversamente* un'autonomia della scienza rispetto alla politica.

Infatti, *il tecnicismo penale* significa (ha significato storicamente) che lo studio del diritto è distinto da altre discipline anche "critiche", perché suo oggetto non è la realtà regolata, ma sono solo le norme prodotte dallo Stato, e non dall'interprete, come cellule e geni sono oggetto della biologia, precostituiti al ricercatore; per esso, l'applicazione del diritto vede il giudice come esecutore e non comprimario nella definizione del diritto, la critica del quale è separata/neutralizzata rispetto alla sua comprensione e applicazione. Dunque per il tecnicismo quell'autonomia dalla politica è un presupposto ideologico, che di fatto risulta ingannevole: esso viene realizzato mediante una dichiarata separazione di campi di disciplina (diritto/politica, legge

positiva/riforme) che conserva la piena efficacia delle scelte del potere legislativo e la sua indiscussa prevalenza, ma anche una certa libertà dell'interprete dal prodotto legislativo. Infatti, il tecnico-giuridico si sente libero *come se* descrivesse delle specie naturali da lui non prodotte; di fatto, però, mentre pensa di commentare una creazione "non sua", l'interprete tecnico sta legittimando quel testo, e comunque la sua critica eventuale è "interna" all'universo della legge ordinaria.

Invece, *il garantismo penale* significa che lo studio o l'applicazione del diritto penale esigono che sia attuato il paradigma costituzionale, ma anche limitato il più possibile, attraverso stadi superiori di controllo, il livello di sofferenza di autori e vittime; si limitano così sanzioni o strumenti che tendono a moltiplicare la sofferenza già prodotta con l'illecito, anziché ripararne gli effetti; *il giudice produce diritto, ma soprattutto (se è diritto generalizzante) in funzione limitatrice*(85), e non espansiva della sofferenza penale, confrontandosi così direttamente con la realtà regolata, e non solo con le norme riflettenti un cielo dei concetti giuridici modellato direttamente dal *Princeps*, a guisa d'immagini della caverna platonica. Per il garantismo, dunque, l'autonomia del diritto dalla politica è solo una condizione per rendere possibile l'attuazione di un programma di principi anche *contro* le decisioni del legislatore: il diritto è oggetto costante di valutazione critica "dall'esterno" della legge parlamentare.

Questo programma critico, che evoca quasi la possibilità di un "contropotere" diffuso (86), è scritto nel codice genetico dell'orientamento del diritto penale alla Costituzione e rimane anche nelle successive fasi contemporanee della gestione giudiziale dei principi a livello europeo.

*Tre epoche si confrontano* in questa diversa ricerca di autonomia e di colleganze: l'una, diretta ad assicurare una libertà di tipo negativo della scienza dalla politica (*il vecchio tecnicismo*), l'altra, volta ad assicurare alla scienza una maggiore possibilità d'intervento, in forza di una capacità dialettica più robusta ed efficace ancorata al paradigma costituzionale (*l'approccio costituzionalistico*), e la più recente, che rielabora la dialettica "costituzionale" autore/vittima imponendo bilanciamenti "dentro" al garantismo classico, ma anche estendendo gli attori di questa dialettica sino a ridimensionare il ruolo aristocratico del vecchio sapere accademico e rimodulando, attraverso la giurisprudenza-fonte, sovranazionale e non, la declinazione attuale della divisione dei poteri (*l'europeismo giudiziario*).

Le evoluzioni metodologiche più recenti corresponsabilizzano molto l'interprete, rischiando di *"obbligarlo" a compiti di legittimazione volontaria, come quelli dell'interpretazione conforme*. Tuttavia, mentre il tecnico giuridico classico poteva, volendo, disinteressarsi di più della legittimazione, trattando la legge come un prodotto altrui, il paradigma costituzionale ed europeo, invece, schiude un ruolo critico-costruttivo, fino a riconoscergli la capacità di *scoprire e inventare diritto: ciò che il tecnicismo, ideologicamente, vietava*.

Quale, dunque, il ruolo della cultura accademica in questo contesto?

La ricostruzione di un sapere scientifico comune e condiviso attorno a questo movimento incessante innescato dalla dialettica dei principi intrecciati in fonti reticolari, sembra spettare pur sempre a chi è *professionalmente* specializzato ad avere del sistema una visione generale, a non decidere solo casi, come invece tocca di fare per legge a qualunque giurisdizione del mondo.

Se è vero ciò, rimane dunque *uno spazio specifico per la cultura accademica*(87).

Infatti, come già detto, *la ragione pubblica non è appannaggio della Supreme Court*, perché i rapporti tra potere politico e scienza penale vedono oggi molti attori istituzionali e un pluralismo di competenze che rendono più complessa la definizione del diritto, come un prodotto motivato e motivabile di forze collettive, e non già di soli atti di forza parlamentare, ma neppure di supremazia di un contropotere giudiziario (88), ovvero di straordinarie intuizioni di qualche mente, anche se di queste intuizioni la scienza ha sempre bisogno.

Ecco perché la questione dei rapporti tra scienza giuridica (e scienza penale) e potere politico ritorna a essere attuale dentro a *una riflessione anche accademica*, perché lì sono nate le sue origini metodologiche antiche, moderne e contemporanee, e lì ritornano i risultati di quel processo, da riordinare in un complesso di *conoscenze* e non solo di *decisioni* (89). Che il sapere, al posto della scienza, sia uno dei possibili modi di definire la conoscenza del diritto, è uno dei temi che, dopo *Foucault*, continuano ad agitare le menti di chi pensa con qualche passione la questione criminale, magari ancora affascinato da una cultura scientifica modellata sulle scienze esatte o naturali (90). Ma il giurista deve forse ancora affinare la sua epistemologia, che vive spesso di false mitologie idealizzanti le scienze esatte e avalutative, che in un recente passato avevano degradato il valore della sua disciplina a non scienza, mentre da tempo hanno valorizzato anch'esse la cultura del probabile, che le accomuna alle *Humanities*; in tal modo anche l'inserimento delle scienze descrittive alla base del progetto legislativo — una legislazione empiricamente fondata — acquista un significato coerente, e non quello di una giustapposizione posticcia di universi incomunicanti.

14. *L'estensione triadica del paradigma delle garanzie di fronte alla volatilizzazione del Leviatano.* — Ritornando all'inizio delle riflessioni qui svolte, osserviamo che i caratteri rivoluzionari del metodo compendiato nel sodalizio (iniziale) di Bricola e Baratta erano: *a)* critica radicale del diritto positivo già dal suo interno, per effetto di controlli costituzionali; *b)* critica del diritto mediante le scienze sociali e criminologiche; *c)* spinta verso una marcata politicizzazione dell'interprete.

Si è detto che dopo oltre un quarantennio, nel costume epistemologico del sapere penalistico (non solo ermeneutica, categorie e principi, ma anche scienza sociale) coesistono pienamente il metodo delle scienze della cultura e quello delle scienze nomologiche, nella costruzione delle leggi e nella verifica dell'esercizio dei poteri da parte della *public reason*. Però il valore aggiunto di questa duplice presenza di pur diverse tradizioni culturali, il vero momento di "integrazione" di quelle epistemi — *la non più mitica scienza penale integrata, o integrale* —, non è dato da una miracolosa trasformazione dell'essere nel dover essere, ma dal fatto che la scienza penale, al di là degli aspetti conoscitivi e sistematizzanti, si profila come *scienza delle garanzie*, cioè dei *limiti del potere punitivo* nel rispetto dei diritti fondamentali e della *riduzione al massimo del livello di sofferenza (di autore e vittima)* quale obiettivo dello studio e dell'intervento del diritto penale.

Questo tratto conferisce agli altri una peculiare valenza, colorandone e indirizzandone l'orientamento finalistico, in modo da riunire in compendio sia le conoscenze normative e sia quelle delle scienze sociali che le sorreggono o le correggono in una dimensione unificante il potere legislativo e quello interpretativo, essendo *condivisi e non separati i saperi*.

Sono dunque quattro i profili salienti della disciplina come materia di studio scientifico, di cui due più tradizionali e due più innovativi:

*a)* sapere ermeneutico (esegesi e interpretazione di leggi e norme);

*b)* elaborazione di categorie, istituti e principi (la vecchia "dogmatica") di diversi livelli di legalità (ordinaria, costituzionale, sovranazionale);

*c)* *rerum cognoscere causas*: secondo il principio della *condivisione dei saperi*, il sapere empirico e le scienze sociali, che attengono alle materie regolate, non sono "divisi" tra i poteri dello Stato, ma comuni (*retro*, § 4);

*d)* scienza delle garanzie, nel significato appena detto.

Gli ultimi due aspetti, quello delle della condivisione dei saperi e quello delle garanzie, mi sembrano i più caratteristici del diritto penale contemporaneo, perché sono solo essi che danno un orientamento specifico a tutti gli altri caratteri (*a, b*) appena elencati, di per sé presenti anche nelle

altre discipline giuridiche. È solo il garantismo nella declinazione del rapporto autore/vittima che conferisce alla scienza penale tratti di autonomia e valenza critica rispetto al potere politico, attraverso l'impiego di saperi empirici condivisi tra legge e giudice, allargando il loro impiego ad attori istituzionali come la magistratura e le Alte Corti.

Infatti, anche le conoscenze nomologiche delle scienze empiriche, criminologiche, sociologiche etc., che sembrano capaci di correggere il dogmatismo di una dottrina ancorata alla tradizione, al legalismo, al principio di autorità, e a un *cognoscere per dogmata*, anziché *per causas*, se vengono staccati dal garantismo, possono tradursi in avventure pericolosissime come quelle della biopolitica (91) o del positivismo criminologico.

Del resto, l'uso politico del diritto penale come un'arma è la tentazione perenne dei pubblici poteri, soprattutto mediante l'impiego autoritario di saperi divisi, non condivisi: eccesso di prevenzione generale, di strumentalizzazione dei singoli, di statalismo, di formalismo, di oggettivismo, di abuso del principio d'autorità, dello *stare decisis* etc.

Lo vediamo nella teoria e nella prassi della colpa, del dolo, della causalità, della pena, dell'interpretazione, dell'applicazione delle misure cautelari reali etc., anche senza addentrarci nelle derive del diritto penale politico e di quello del nemico.

La costruzione della legge, dell'ermeneutica, delle categorie, dei principi, dei progetti legislativi può dunque e deve avvenire nel segno delle garanzie di un bilanciamento tra diritti delle vittime e diritti degli autori, ma anche di tutti i cittadini che possono diventare autori anche solo a livello d'indagini.

*Il rapporto col processo*, nel quadro di un diritto penale di lotta e orientabile a logiche di prevenzione generale, è *decisivo*: non ci sono solo gli autori del diritto sostanziale, ma anche gli imputati e gli indagati. Il garantismo della scienza penale si deve occupare di loro e cioè di tutti noi, per difenderci dalle storture di *una macchina i cui meccanismi non sono controllati veramente da nessuno*(92). Chi è il nostro interlocutore se il Leviatano non c'è più?

Dinanzi allo smarrimento di questa prospettiva classica siamo tentati di fare un passo indietro e di dire che il Leviatano c'è ancora, tanto più in una situazione di stallo democratico accentuato da una crisi prima finanziaria e poi economica, come quella che attraversa l'Italia da tempo. Ci sono gli organi dell'UE, che attuano politiche sostitutive e protettoriali. Ma il dubbio è che si tratti di un errore prospettico. Nell'immagine classica del libro di Hobbes, il Leviatano è composto da tutto il corpo sociale, siamo noi: se manchiamo nel collettivo, nella capacità di rappresentanza, nel senso dello Stato o della cosa pubblica, è proprio allora che dimostriamo di non voler contare, lasciando che le cose ci trascorrono davanti, come la vita.

Comunque sia di questa realtà sfuggente del potere, di un potere diviso, rimane decisivo *ripensare al garantismo in chiave non solo reocentrica, ma « nel rapporto autore/vittima », oltre che Stato/cittadino, come nota epistemica differenziale di un diritto penale orientato alla riduzione del male, e non alla sua duplicazione*, che richiede oggi di essere riformulato su nuove basi, triadiche, rispetto al passato (93). La dispersione del "potere", infatti, diminuisce l'intensità del conflitto con i diritti del cittadino — il diritto penale è meno "terribile", e sembra tutelare i diritti fondamentali, più che minacciarli —, e ad un tempo fa riemergere il dualismo tra autore e vittima che restava celato nel processo penale reocentrico, il quale escludeva o "neutralizzava" la vittima, tutelata in modo assorbente dal monopolio statale dello *ius puniendi*. Ciò, peraltro, può produrre effetti positivi, e non di mero vittimocentrismo, se il paradigma delle garanzie è declinato verso una complessiva riduzione del male: dell'autore, della vittima e del rischio penale.

#### **Note:**

(\*) Relazione svolta al Convegno di Bologna, 7-8 marzo 2014, "Il diritto penale fra scienza e politica. Nel ricordo di Franco Bricola, vent'anni dopo".

(1) Secondo F. Alberoni, *Statu nascenti*, Il Mulino, Bologna, 1968; Id., *Movimento e istituzione*, Il

Mulino, Bologna, 1977, 1981, lo stato nascente indica un periodo entro il quale un gruppo di persone, accomunate da speranze comuni, si unisce per creare una forza nuova (il movimento) che si contrapponga all'istituzione.

(2) Cfr. A. Baratta, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. crim.*, 1975, spec. 55 s., poi in *Id.*, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, spec. 156 s.; F. Bricola, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in questa Rivista, 1988, 5 s.

(3) V. sul punto W. Hassemer, *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser, Beck, München*, 2005, 115 ss.; M. Donini, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, in *Id.*, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011. Per una diversa lettura, che tenta di mettere insieme la scienza penale integrata di Baratta con il programma berlinese di Roxin del 1970, F. Schiaffo, *Il diritto penale tra scienza e scientismo*, Esi, Napoli, 2012, 119 ss.

(4) M. Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europaismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, 127 ss. In senso conforme, ora, C.E. Paliero, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in questa Rivista, 2014, 1099 ss., 1128 ss.

(5) Oggi sono diffuse forme di vero collaborazionismo interpretativo a favore della prassi. Rispetto alla distanza dalla realtà di certi stili di ricerca passati tale atteggiamento offre un sicuro antidoto. Esso rappresenta, peraltro, un eccesso opposto quando si limiti a una mera attività di supporto interpretativo: una sorta di cronaca del diritto penale quotidiano, dove il commento all'ultima sentenza o il desiderio di influire su di essa si avvitano in un'ansia presenzialista di tipo ormai quasi giornalistico.

(6) V., anche per i riferimenti internazionali, davvero impressionanti circa l'estensione di questo paradigma concettuale, M. Donini, *Tecnicismo giuridico*, cit. In realtà, la dogmatica è solo una parte della scienza giuridico-penale, composta da saperi descrittivi in input (criminologia, sociologia, saperi empirici, statistica etc.), da scienza della legislazione, storia, comparazione, e poi anche filosofia politica etc., oltre alle discipline di settore delle varie materie regolate, giuridiche e non; e poi da verifiche in output, tipiche di una scienza sociale, e non solo normativa.

(7) D. Pulitanò, *Quale scienza del diritto penale?* in questa Rivista, 1993, 1209 ss.

(8) C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764), § 4. Per una reinterpretazione specifica di questo paragrafo, sotto il profilo qui indicato, v. M. Donini, *Lettura di C. Beccaria, Dei delitti e delle pene* (1764), § 4: "Interpretazione delle leggi", in corso di stampa in *Diritto penale XXI Secolo*, 2015.

(9) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Wien, 1960, tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, 1975, 381 ss., 389.

(10) Per es., G. Pino, *Di interpretazione e interpreti della Costituzione. Note a margine a "Interpretazione e Costituzione"* di A. Vignudelli, in *Diritto e società*, 2013, 353 ss., spec. 366, § 2.1.

(11) Sul carattere astratto e avalutativo della teoria del diritto, ben distinta sia dalla dogmatica, sia dalla sociologia del diritto, sia dalla filosofia della giustizia (parrebbero quasi distinzioni da tecnico giuridico... se l'A. non usasse il termine tecnicismo in senso solo, e penso troppo, negativo) v. ora la ponderosa ricerca di L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Laterza, Roma, Bari, 2007, 9 ss., 21 ss., 33 ss., 39 ss. Ferrajoli, del resto, non sposa certo una concezione "avalutativa" dell'interpretazione — che non è "teoria del diritto", infatti — e ammette che la dogmatica (di cui segue una nozione restrittiva: *ivi*, vol. I, cit., 69, nota 9) dipende geneticamente da un determinato ordinamento, a differenza della teoria del diritto che ne astrae, e riconosce che queste divisioni concettuali di discipline, sono peraltro ampiamente superate nei fatti della vita concreta del diritto: dove dogmatica, sociologia e filosofia della giustizia si mescolano anche nel lavoro quotidiano dell'interprete (*ivi*, 21 s., 70 nota 10). Con il che, peraltro, restiamo creditori a Ferrajoli di una teoria dell'interpretazione che possa conciliarsi con la "grande divisione" tra proposizioni descrittive e prescrittive che l'A. fedelmente vorrebbe riproporre nel prospettare una teoria del diritto "rigorosamente avalutativa" (cfr. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, Bologna, 2013, 58: "La teoria del diritto, come io la concepisco, non comporta alcuna valutazione"), pur conservando essa una dimensione "prescrittiva" (*Id.*, *Principia iuris*, vol. I, cit., 21 s.).

(12) Per un recente tentativo (fondato peraltro sulle medesime premesse della non scientificità di posizioni valutative e creative del diritto sostenute dagli analitici con influenze "ermeneutiche")

criticati dall'A.) di rilanciare il modello di una teoria dell'ermeneutica costituzionale "descrittiva" dell'interpretazione (corretta) fondata sul paradigma di un diritto esclusivamente legislativo, forse non marginalizzante, ma certo subordinante fortemente il ruolo dell'interprete, v. A. Vignudelli, Interpretazione e Costituzione, Giappichelli, Torino, 2011. V. sul punto anche M. Barberis, Interpretazione costituzionale o interpretazione della legge?, in *Costituzionalismo.it* (1), 2012, 1 ss.; Id., Una teoria "protestante" dell'interpretazione costituzionale, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 12, 2012, 533 ss., e poi le repliche di A. Vignudelli, da ultimo in Id., Come un post scriptum "Interpretazione e Costituzione" tra Prequel e Sequel, estratto da *La democrazia attraverso i diritti*, a cura di G. Maniaci, S. Pajno, G. Pino, A. Schiavello, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIV/dicembre 2014, 20 ss., 38 ss., con altri richiami.

(13) N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, 200 ss., 215 ss.

(14) Ivi, 192 s.

(15) V., infatti, N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, (1950), poi in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. Scarpelli, Ed. di Comunità, Milano, 1976, 287 ss.; U. Scarpelli, *Filosofia analitica e giurisprudenza*, Nuvoletti, Milano, 1953, 50 ss., 76 ss.; Id., *L'etica senza verità*, il Mulino, Bologna, 1982, 11 ss., 179 ss.

(16) Uno dei postulati della scienza-episteme, da Platone e Aristotele in poi, è stata quella dell'invarianza del suo oggetto di studio: Aristotele, *Metafisica*, XIII (M), IV, 17-18

(17) Cfr. E. Fronza, voce *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, in corso di stampa (2015), § 5 ss. (5.3).

(18) Per es. M. Caputo, *La "menzogna di Auschwitz", le "verità" del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, "Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo, Jovene, Napoli, 2014, spec. 295 ss., 305 ss. (tutela della dignità delle vittime). Ora, in sede di correzione delle bozze, possiamo prendere atto che il disegno di legge A.S. n. 54/A-R, poi confluito nel ddl S. n. 57, Amati e altri (cfr. il resoconto di G.L. Gatta, in *Dir. Pen. Cont.*, 16 febbraio 2015), approvato dal Senato in prima lettura e ora trasmesso alla Camera, sdrammatizza pragmaticamente la questione, in quanto configura il 'negazionismo' non già come autonoma figura di reato, bensì come circostanza aggravante delle fattispecie delittuose in materia di discriminazione razziale previste dagli artt. 3, comma 1, lettere a) e b) e comma 3 della l. 13 ottobre 1975, 654, senza modificare l'oggettività giuridica e l'offensività di base di delitti già esistenti incentrati su istigazione, provocazione, organizzazione, propaganda, violenza etc., e aggiungendo il requisito della pubblicità dei fatti.

(19) Cfr. per es. E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano, 2012; Id., voce *Negazionismo (diritto penale)*, in *Enc. dir., Annali*, cit.

(20) Approfondimenti in Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, cap. IX, spec. 321 ss. V. pure sul tema *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Monduzzi, Bologna, 2005.

(21) F. v. Liszt, *Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*, in Id., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Bd. II, Walter de Gruyter, Berlin, 1905, ristampa 1970, 75 ss., 80, e qui le due famose definizioni del codice penale come "limite invalicabile della politica criminale" (sostanzialmente intesa come lotta contro il crimine) e, per l'appunto, del diritto penale come "Magna Charta del delinquente".

(22) A questa rilettura del "dilemma" di v. Liszt è dedicato il saggio M. Donini, *Scienza penale integrale*, in Id., *Europeismo giudiziario*, cit., 145 ss., 161 ss.

(23) Una riflessione demistificatoria sulla giustificazione della menzogna in politica, a proposito delle carte del Pentagono sulla guerra in Vietnam (47 volumi sul ruolo degli USA nella politica del Vietnam dalla seconda guerra mondiale al 1967) in H. Arendt, *La menzogna in politica. Riflessioni sui Pentagon papers*, in Id., *Politica e menzogna*, SugarCo, Milano, 1985, 87 ss. Di particolare interesse il ruolo dei problem-solvers, dei tecnici ingaggiati dal Governo per la copertura della verità, che tanto somigliano ai giuristi che pensano solo per dogmata anziché anche per causas.

(24) Espressione di questo dato di politica, ma anche di etica dell'interpretazione, è stato il dibattito internazionale sul diritto penale del nemico. V. soltanto: *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. Donini e M. Papa, Giuffrè, Milano, 2007; *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, a cura di M. Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez

(coordin.), vol. I e II, Edisofer S.L., Euros Editores, B. de F. Ltda., Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2006. In realtà, il rifiuto di “dogmatizzare” la categoria del nemico in diritto penale (contro la posizione sostanzialmente isolata di G. Jakobs) vale per il diritto criminale delle pene, dato che per quello delle misure di sicurezza da sempre vigono le logiche di mera neutralizzazione che sorreggono quella categoria. Per questo le misure andrebbero o abolite o riformate radicalmente. Gli argomenti contro la dogmatizzazione della categoria, dunque, obbediscono sì alla conoscenza empirica di che cosa sono stati e sono i “campi” (di concentramento, di internamento, di protezione, di sorveglianza etc.), ma anche a ragioni di principio, che peraltro sono consacrate in regole sovralegali.

(25) Come scrisse B. Russell, *The Scientific Outlook* (1931), tr. it., *La visione scientifica del mondo*, Roma, Bari, 2004, 23, « coloro che credono alla deduzione quale metodo per arrivare al sapere, sono costretti a cercare le loro premesse in qualche luogo, comunemente in un libro sacro. La deduzione dai libri ispirati è il metodo per arrivare alla verità impiegato da giuristi, cristiani, maomettani e comunisti...Coloro che credono nella deduzione devono necessariamente essere implacabili contro coloro che mettono in dubbio l'autorità dei libri sacri. Galilei dubitò sia di Aristotele, sia delle Scritture, e in tal modo distrusse l'intero edificio del sapere medievale ».

(26) V. per questa definizione il nostro Oggetto, metodo, compiti della scienza penale, cit., § 9 (197 ss.).

(27) Per questa tradizionale nozione di garantismo (con sue estensioni dal penale al diritto in genere), v. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., 31 ss., 195 s.

(28) Sulle radicali differenze sanzionatorie, nella sola Europa, del trattamento punitivo dei reati economici, v. l'interessante scritto di L. Foffani, *Verso un'armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: la genesi di nuovi beni giuridici economici di rango comunitario, il ravvicinamento dei precetti e delle sanzioni*, in *Studi Coppi*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, 989 ss., spec. 1004 ss.

(29) Una più ampia illustrazione di questa aporia e un contributo alla sua soluzione si possono leggere in M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in questa Rivista, 2013, 1162 ss.

(30) Sulle premesse neokantiane (scuola di Marburg e scuola del Baden, o tedesco-occidentale) del kelsenismo v. soltanto (da una letteratura copiosissima) S.L. Paulson (Hrsg.), Fritz Sander/Hans Kelsen, *Die Rolle des Neukantianismus in der Reinen Rechtslehre. Eine Debatte zwischen Kelsen und Sander*, Scientia Verlag, Aalen, 1988; S.L. Paulson, *Läßt sich die Reine Rechtslehre transzendental begründen?*, in *Rechtstheorie*, 21, 1990, 155 ss.; C. Heidemann, *Die Norm als Tatsache. Zur Rechtstheorie Hans Kelsens*, Nomos, Baden-Baden, 1997, 223 ss. e passim; S.L. Paulson, *Faktum/Wert Distinktion, Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer* in R. Alexy, L. H. Meyer, S. L. Paulson, G. Sprenger (Hrsg.), *Neukantianismus und Rechtsphilosophie*, Nomos, Baden-Baden, 2002, 223 ss., 233 ss. (e in vari altri contributi di Paulson e Heidemann); A-J. Korb, *Kelsens Kritiker*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, Kap. I, 12 ss.; nella letteratura italiana cfr. M. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Ed. di Comunità, Milano, 1981, 20 ss., 74 ss.; Id., *Saggio introduttivo a Kelsen, La dottrina pura del diritto* (orig. *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960), Einaudi, Torino, 1975, XVIII ss.; G. Calabrò, *Kelsen e il neokantismo*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Istituto Enc. Italiana, Roma, 1983, 87 ss.

(31) H. Kelsen, *Society and Nature*, Chicago, 1943, tr. it. *Società e natura*, Einaudi, Torino, 1953; Id., *Causality and Imputation*, in *Ethics*, 1950, 1 ss., tr. it. *Causalità e imputazione*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, 207 ss.

(32) Ampiamente, E. Topitsch (Hrsg.), *Logik der Sozialwissenschaften*, Kiepenheuer & Witsch, Köln, 1976, e qui lo schizzo storico di C. von Ferber, *Der Werturteilstreit 1909/1959. Versuch einer wissenschaftsgeschichtlichen Interpretation*, ivi, 165 ss.; v. pure R. Dahrendorf, *Scienze sociali e giudizi di valore* (1957), in Id., *Uscire dall'utopia*, Il Mulino, Bologna, 1971, 102 ss.; H. Albert, E. Topitsch (Hrsg.), *Werturteilstreit*, Wiss. Buchgesellschaft, Darmstadt, 1971. Sull'influenza del modello weberiano-avalutativo di scienza nella cultura americana v. A. Bloom, *The Closing of the American Mind*, Simon & Schuster, New York, 1987, tr. it. *La chiusura della mente americana*, Lindau, Torino, 2009, 227 ss.

(33) M. Weber, *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale* (1904), in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Torino, 1974, 53 ss., 58 ss.; Id., *Il significato*

della « avalutatività » delle scienze sociologiche e economiche (1917), in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., 309 ss., 335 ss.; ma ancora più esplicitamente in Id., *Politik als Beruf, Wissenschaft als Beruf* (1919), tr. it. *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino, 1971, 25 ss., 28 ss.

(34) Per un quadro storico approfondito, P. Rossi, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, (1971), Einaudi, Torino, 1979, passim, e in chiave teoretica M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano, 1988, 117 ss., 265 ss. e passim.

(35) Cfr. Verein Ernst Mach (Hg.), *Wissenschaftliche Weltauffassung. Der Wiener Kreis* (1929), in *Wiener Kreis. Texte zur wissenschaftlichen Weltauffassung*, a cura di M. Stöltzner e T. Uebel, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 2006, 3 ss., dove H. Hahn, O. Neurath e R. Carnap dedicano a Moritz Schlick il famoso “Manifesto”. Nella parte speciale — dedicata alle varie discipline — di questo manifesto, è significativo che non compaia il diritto: il contenuto del diritto, infatti, è costituito da continue scelte di valore e proposizioni prescrittive. Si rammenti che lo stesso K. Popper dedicherà parti fondamentali e copiose delle sue ricerche al problema della “demarcazione” tra scienza e metafisica, esattamente perché le due sfere non potevano, a suo avviso, essere distinte sulla base dell'induzione, a differenza di quanto ritenevano positivisti e neopositivisti. Popper rifiuta l'induzione, e la sostituisce (ma in realtà la integra) con la falsificabilità, in quanto essa non garantisce un criterio scientifico, valido, legittimo di universalizzabilità dell'esperienza, e perché scienza e metafisica, su quelle basi inconsistenti, sarebbero equivalenti: K. Popper, *La demarcazione tra scienza e metafisica* (1955), in Id., *Conjectures and Refutations* (1963), tr. it. *Congetture e confutazioni*, Il Mulino, Bologna, 1972, 431 ss.; Id., *The Logic of scientific Discovery* [1934, 1959], tr. it. *La logica della scoperta scientifica*, Einaudi, Torino, 1970, 1998, 13 ss., 347 ss.; e soprattutto il secondo volume del libro preparatorio alla “Logica della scoperta scientifica”: Id., *Die beiden Grundprobleme der Erkenntnistheorie* [1931-1933], 1979, tr. it. *I due problemi fondamentali della teoria della conoscenza*, Mondolibri, Milano, 1987, 357 ss. Se si segue l'impostazione di Popper, che ritiene “non scientifica” una disciplina non tanto non verificabile, quanto non falsificabile, l'idea che la dogmatica non possa essere confutata in base ad argomenti di fatto, ne statuirebbe il carattere non scientifico. Eppure è ciò che, ancora oggi, sostiene Luigi Ferrajoli: “le tesi giuridiche della dogmatica non sono confutabili fattualmente, essendo indipendenti da ciò che di fatto accade, ma solo giuridicamente, cioè sulla base di una diversa interpretazione delle norme a cui si riferiscono o di altre orme con le prime in conflitto”: L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., 11 (corsivo aggiunto).

(36) Sulla forza attrattiva di questo modello nei giuristi di formazione analitica, v. soltanto V. Villa, *Filosofia del diritto*, in *Storia della filosofia analitica*, a cura di F. D'Agostini, N. Vassallo, Einaudi, Torino, 2002, 362 ss.

(37) M. Heidegger, *L'epoca dell'immagine del mondo* (orig. *Die Zeit des Weltbildes*, conferenza friburghese del 1938), in *Sentieri interrotti*, La Nuova Italia, Firenze, 1968, 71 ss. (orig. *Holzwege*, Klostermann, Frankfurt a. M., 1950) spec. 74-77.

(38) M. Heidegger, *L'epoca dell'immagine del mondo*, cit., 81 s.

(39) Queste le caratteristiche delle vecchie declinazioni delle Geistes- o Kulturwissenschaften, rispetto a quelle naturali, secondo le premesse dello storicismo tedesco: A. Diemer, *Die Differenzierung der Wissenschaften in die Natur- und die Geisteswissenschaften und die Begründung der Geisteswissenschaften als Wissenschaft*, in Id. (Hrsg.), *Beiträge zur Entwicklung der Wissenschaftstheorie im 19. Jahrhundert*, Hain, Meisenheim am Glan, 1968, 174 ss. G. H. von Wright, *Explanation and Understanding* (1971) tr. it. *Spiegazione e comprensione*, Il Mulino, Bologna, 1977, 17 ss. (cap. I).

(40) H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983, 312 ss., 325 ss.

(41) Ivi, 376 ss. Qui, peraltro, il ruolo costruttivo-creativo dell'interprete è troppo marcato: egli non ha più limiti deontologici chiari, sembrando che costruisca l'oggetto stesso della sua disciplina, che in tal modo produce e non conosce affatto, come apparirà chiaro nella svolta decostruzionista di Derrida. Sul motto polemico di Emilio Betti, contro Gadamer: “sensus non est inferendus, sed efferendus”, v. quanto osservato in *Il volto attuale*, cit., 312, nota 80.

(42) La riflessione sull'esperienza artistica è introduttiva nell'opera maggiore di Gadamer su verità e metodo.

(43) Sui rapporti tra la Scuola di Vienna dell'empirismo logico e il kelsenismo, cfr. C. Jabloner, F. Stadler (Hrsg.), *Logischer Empirismus und reine Rechtslehre: Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule*, Springer, Wien, 2001.

(44) Molto istruttivi (da ben differenti premesse culturali) sulla "contrapposizione" ermeneutica/neopositivismo/filosofia analitica, W. Pannenberg, *Wissenschaftstheorie und Theologie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1973, tr. it. *Epistemologia e teologia*, Queriniana, Brescia, 1975, cap. I, II e H. Albert, *Plädoyer für kritischen Rationalismus*, Piper, München, 1971, tr. it. *Difesa del razionalismo critico*, Armando, Roma, 1975, 65 ss., 106 ss., 169 ss. Su filosofia ermeneutica e interpretazione giuridica basti il rinvio a F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1999.

(45) Non si può dire che sia mai avvenuto per il giurista quello che accadde ai matematici solo dopo la pubblicazione dell'opera maggiore di Newton, i *Philosophiae naturalis principia mathematica* del 1687: "alla fine del XVII secolo i matematici erano definitivamente inseriti nell'élite intellettuale europea, e non più considerati dei tecnici": così G. Corbellini, *Scienza, quindi democrazia*, Einaudi, Torino, 2011, 76.

(46) Istruttivo N. Jareborg, *Legal Dogmatics and the Concept of Science*, in Fest. Frisch, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, 49 ss., dove si abbandona chiaramente il monismo metodologico del neopositivismo, per il quale la dogmatica giuridica non poteva essere scienza (ivi, 55), e si riconosce che la dogmatica giuridica è una "scienza dell'argomentazione" (ivi, 55), come tale non riducibile all'argomentazione politica, il cui carattere di parte non presenta il controllo metodologico della dogmatica. In senso del tutto analogo, si consenta di rinviare al nostro *Oggetto, metodo e compiti della scienza penale*, in M. Donini, *Europeismo giudiziario*, cit., 173 ss., 197 ss. Siamo qui, anche nella cultura scandinava di Jareborg, in una temperie culturale di chiaro superamento del monismo metodologico scienziasta presente invece, per es., nel classico studio di A. Ross, *On Law and Justice* (1958), tr. it. *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, (1965) 1990, 20 ss., 45 ss., 297 ss. e passim: se nelle "scienze sociali" è "fondamentalmente impossibile tracciare una distinzione rigida tra teoria ed intervento politico" (ivi, 47), quando il teorico offre, certo opportunamente, istruzioni per il pratico, egli compie "il salto irrazionale" (ivi, 305).

(47) Se ne riascolti l'eco nelle citazioni e nel lessico del classico studio di F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1975, sempre più orientato, nel prosieguo, a stili di pensiero "antidogmatici".

(48) La "grande divisione" ben risuona, per es., non soltanto nella dicotomia fatto/antigiuridicità (anche la filosofia dei valori separava radicalmente l'oggetto della valutazione dalla valutazione dell'oggetto) ma anche in quella fatto/precetto: chi conosce il fatto non conosce il precetto, può solo conoscerlo, data la separazione del mondo dei fatti da quello dei valori e dalle prescrizioni. Ancor più chiaramente la si ritrova nell'assunzione epistemica che sta alla base della resistenza a introdurre questioni di fatto nel controllo di costituzionalità. Ma tutte queste sono solo sovrastrutture ideologico-culturali; il problema vero, in questi casi, rimane politico: ammettere o meno che il giudice deve valutare il fatto anche solo per poterlo accertare; ammettere che il suo autore debba conoscerne l'illiceità per poter essere in dolo; ammettere controlli di fatto in sede di legittimità costituzionale.

(49) Ecco perché quando, sul piano strettamente culturale, Sandro Baratta ha pensato a una sorta di prevalenza del sapere criminologico su quello dogmatico (retro, § 0, e note 2-3), e questo, in definitiva, realizzava un dominio dell'essere sul dover essere, nella sostanza politica si trattava di un vincolo del diritto alla criminologia "critica", cioè a un sapere fortemente ideologizzato: il che doveva condurre a un conflitto con posizioni normativistiche come quelle di Franco Bricola, che si attendevano sì dai saperi empirici integrazione e collaudo, ma non vincoli "deontologici" pseudoscientifici ed extragiuridici.

(50) N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., 204 ss.

(51) *Ibidem*, 192 s.

(52) Già trent'anni fa, V. Villa, *Teoria della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Giuffrè, Milano, 1984; v. più di recente G. Boniolo e P. Vidali, *Filosofia della scienza*, B. Mondadori, Milano, 1999, 177 ss., 639 ss.; G. Giorello e M. Motterlini, *Crescita della conoscenza e "fallibilismo"*, in G. Giorello (a cura di), *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bompiani, Milano, 1994, 30 ss., 48 ss., 70 ss.

(53) Ciò è enfatizzato da chi ancora oggi prospetta una teoria unificata "debole" del metodo

scientifico (v. D. Antiseri, *Teoria unificata del metodo*, Utet, Torino, 2001), poco specifica e caratterizzante, in quanto capace di unire sotto il denominatore comune del “risolvere problemi”, realtà epistemiche che un tempo si guardavano da incommensurabili distanze scettiche.

L’esperienza diffusa, peraltro, più che testimonianza di una unificazione metodologica, è o quella di una visione “forte” del riduzionismo (delle altre scienze a matematica, oppure a fisica e chimica), oppure la prospettiva di una differenziazione accentuata tra discipline, senza pretese archetipiche. Cfr. P. Galison, D. Stump (eds.), *The Disunity of Science*, Stanford University Press, Stanford, 1996; N. Vassallo (a cura di), *Filosofie delle scienze*, Einaudi, Torino, 2003; S. Sarkar, *Reduction*, in S. Psillos, M. Curd (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Science*, Routledge, London, New York, 2008, 425 ss.

(54) N.N. Taleb, *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*, New York, 2007, 2010, tr. it. *Il cigno nero. Come l’improbabile governa la nostra vita*, Milano, 2009.

(55) Cfr. soltanto J. Monod, *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne* (1969), tr. it. *Il caso e la necessità. Saggio sulla filosofia naturale della biologia contemporanea*, Mondadori, Milano, 1970, 21 ss., 47 ss.; M. Ruse, *The Philosophy of Biology* (1973), tr. it., *Filosofia della biologia*, Il Mulino, Bologna, 1976, 227 ss.; U. Galimberti, *Psiche e Techne. L’uomo nell’età della tecnica*, Feltrinelli, Milano, 1999, 152 ss., con altri richiami. Il distacco di una prospettiva finalistica nella natura rispetto al coesistente paradigma causale di spiegazione del mondo fisico, caratterizza in modo originale e anticipatore (a parte le risalenti dottrine delle “entelechie”, che originano da Aristotele: *Metafisica*, libro IX) la prospettiva della terza Critica kantiana: I. Kant, *Kritik der Urteilskraft* (1793), 359 ss., tr. it. *Critica del giudizio*, Laterza, Bari, Roma, 1906, 20084, 399 ss. [§ 61 ss.].

(56) Esattamente, già N. Bobbio, *Op. cit.*, 126-128. In senso contrario, per es., la nota posizione di G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Koehler, Stuttgart, 1973, 216 ss., sotto l’influenza della teorica diltheyana-windelbandiana delle scienze della cultura come scienze comprendenti-individualizzanti.

(57) Cfr. M. Donini, *Disposizione e norma nell’ermeneutica penale contemporanea*, in *Id.*, *Europeismo giudiziario*, cit., cap. II, con gli opportuni richiami.

(58) La tesi si oppone a un insegnamento ricevuto, a un’idea consolidata: per la quale v. per tutti G. Gorla, *L’interpretazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1941, 41 ss., per il quale oggetto della scienza giuridica restano le norme, e non la realtà da esse regolata. È una scienza di concetti teorici che si riferiscono ai concetti legislativi: una “scienza di concetti di concetti” (ivi, 44). Contro la giurisprudenza penale come “scienza del comportamento”, F. Stella, *Giustizia e modernità*, Giuffrè, Milano, 2003; contro il “normativismo integrale”, M. Donini, *Il volto attuale*, cit., cap. IX.

(59) Questa caratteristica può far pensare di attrarre il diritto in quella “terza cultura”, tra scienze naturali e discipline umanistico-letterarie, che è stata individuata, per l’appunto, nelle scienze sociali (v. per questa classificazione triplice J.K. Kagan, *The three Cultures* (2009), tr. it. *Le tre culture. Scienze naturali, scienze sociali e discipline umanistiche nel XXI secolo*, Feltrinelli, Milano, 2013). Rispetto a queste classificazioni, peraltro, il diritto presenta il profilo della normatività, che le altre scienze sociali non hanno, e che manca alla maggior parte delle discipline umanistiche. Questa sua diversità epistemologica ha da sempre creato difficoltà di inquadramento, a parte i modelli teologico-deduttivi. Per questo, in realtà, i tratti delle Humanities, delle scienze sociali e dell’ermeneutica sembrano quelli complessivamente più caratterizzanti la nostra materia.

(60) G. Gorla, *L’interpretazione del diritto*, cit., 46 ss.; N. Bobbio, *Teoria della scienza*, cit., 124 ss. Per la conforme opinione di Luigi Ferrajoli (“le tesi giuridiche della dogmatica non sono confutabili fattualmente”), in L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., 11 (corsivo aggiunto), v. retro, nota 35.

(61) La precisazione non è forse superflua. Tutto il giusnaturalismo classico e quello moderno sono basati sull’idea di un nesso tra essere e dover essere, su una natura ordinante e prescrittiva: contrastano la legge di Hume. Il nesso di cui trattiamo qui non è però quello di questa tradizione, soprattutto nella lettura religiosa (rectius: confessionale) di ciò che sarebbe “naturale”, anche se può servire a reinterpretarla.

(62) L’idea è alle radici storiche della riflessione bioetica: Van R. Potter, *Bioethics. Science of Survival*, in *Biology and Medicine*, 14, 1970, 127 ss.; *Id.*, *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-hall, Englewood Cliffs (NJ), 1971.

(63) V. soltanto, S. Jasanoff, *Science and Public Reason*, Routledge, London, New York, 2012; G. Corbellini, *Scienza, quindi democrazia*, cit., 53 ss.; M. Tallacchini, *Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione*, in *Riv. fil. Dir.*, 2/2012, 313 ss., e qui rilevanti osservazioni sui modelli di una science based policy e su una policy related science. V. pure S. Funtowicz, *Modelli di scienza e policy in Europa*, in *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, v. I, Giuffrè, Milano, 2010, 531 ss.

(64) Sul valore paradigmatico del metodo delle prove processuali nel diritto consuetudinario alla radice del metodo di prova ed errore del pensiero scientifico moderno in Francesco Bacone, oltre ai fondanti studi di H. Wheeler, *Science out of Law*, in D.H. Nelson, R.L. Sklar (Eds.), *Toward a Humanistic Science of Politics*, University Press of America, New York, 1983, 101 ss.; Id., *The Invention of Modern Empiricism. Juridical Foundations of Francis Bacon's Philosophy of Science*, in *Law Library Journal*, vol. 76, 1983, 78 ss., v. le osservazioni di G. Corbellini, *Scienza, quindi democrazia*, cit., 58 ss. Alcuni importanti percorsi teorici che hanno impiegato la giurisprudenza quale modello di nuove o antiche forme di sapere, vuoi ermeneutico, vuoi democratico-argomentativo, si possono trovare in H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, tr. it. cit., 376 ss.; C. Perelman/L. Olbrechts Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique* (1958), tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, vol. I, Einaudi, Torino, 1966, vol. I, 3 ss.; C. Perelman, *Droit, morale et philosophie* (1968), tr. it., *Diritto, morale, filosofia*, Guida, Napoli, 1973, passim; Id., *L'empire rhétorique*, (1977), tr. it., *Il dominio retorico. Retorica e argomentazione*, Einaudi, Torino, 1981, 3 ss., 13 ss., 164 ss. e passim; S. Toulmin, *The Uses of Argument* (1958), tr. it. *Gli usi dell'argomentazione*, Torino, 1975, 10 ss., 136 ss., 154 ss., 163 ss., Id., *Human Understanding: The Collective Use and Evolution of Concepts* (1972), consultato nella tr. ted., *Kritik der kollektiven Vernunft*, Frankfurt a.M., 1978. Ma v. anche le opere sull'ermeneutica in generale di Emilio Betti cit. alla nota seguente.

(65) V. soltanto E. Betti, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (1948), in Id., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1971, 3 ss.; Id., *Allgemeine Auslegungslehre als Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr, Tübingen, 1967, tr. it. *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, in J. Bleicher, *L'ermeneutica contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 1986, 75 ss.; H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, tr. it. cit.

(66) Lo ammette esplicitamente lo stesso H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*<sup>3</sup>, trad. it. cit., 9-11, nella premessa alla seconda edizione, nel riconoscere alle critiche di Betti piena validità là dove esse esigono che le singole discipline osservino i propri parametri di corretta interpretazione. Solo dopo questo intendimento, secondo Gadamer, si può affrontare il discorso sul significato costitutivo dell'ermeneutica, nel rapporto lettore, autore e opera, che va ad instaurarsi su una precedente lettura metodologicamente corretta. In questo senso, per Gadamer, metodo interpretativo ed ermeneutica sono due momenti diversi dell'intendere un testo. In questo senso la "verità" ermeneutica di un'opera, storicizzata nell'attualità di chi la comprende, la fruisce e la "applica", è ben diversa dalla mens auctoris, ed è distinta e autonoma rispetto al "metodo" scientifico e anche rispetto al metodo di una disciplina umanistica, giustamente osservato dall'autore dell'opera.

(67) Possiamo qui ricordare, per l'ampiezza dei punti di vista e dei saperi impiegati, pur se legata anche al ruolo intuitivo insostituibile dello storico interrogante le diversissime fonti, i modelli delle *Annales* (v. soltanto M. Bloch, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (1949) tr. it. *Apologia della storia*, Einaudi, Torino, 1950, 1969; P. Burke, *The French Historical Revolution: The Annales School 1929-89* (1990), tr. it., *Una rivoluzione storiografica. La scuola delle "Annales" (1929-1989)*, 8ª ed., Laterza, Bari, Roma, 2007) e, per una certa affinità olistico-scientista di ispirazione, quello della comparazione "descrittiva-avalutativa" contenuta nelle tesi di Trento: v. l'esposizione delle cinque tesi di Trento (1987), in R. Sacco/A. Gambaro/P. G. Monateri, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. Disc. Priv. — sez. civ.*, vol. III, 1988, 48 ss.; R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, Torino, 1992, rist. 1997, 5 ss. Una rilettura attuale, con vari ripensamenti, delle c.d. "tesi di Trento", per es. in A. Gambaro, *The Trento Thesis*, 1 ss. (formato elettronico). Sui limiti di quella impostazione per l'impiego della comparazione nella dogmatica, v. il cap. VI del nostro *Il volto attuale*, cit., § 6.8.

(68) Per una (troppo) accentuata valorizzazione dell'inevitabile valore costitutivo della posizione dello storico rispetto all'oggetto, v. per es. E.H. Carr, *What is History?* (1961), tr. it. *Sei lezioni*

sulla storia, Einaudi, Torino, 1966, 16 ss., e ovviamente la ricostruzione generale dell'ermeneutica di H.-G. Gadamer, *Wahrheit und Methode*<sup>3</sup>, trad. it. cit., che peraltro si profila come ricostruzione filosofica di quanto storico e giurista, fra l'altro, hanno in comune (l'applicatio, la mediazione tra passato e presente, la storicità dell'intendere, la sua orientazione al presente), e non come questione di metodo delle singole discipline ermeneutiche, la definizione della cui deontologia è lasciata autonomamente alle medesime (v. anche la sua Prefazione alla seconda edizione, *ivi*, 5-16, e spec. 11).

(69) Cfr. M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (dir. pen.), in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 2010, 662 ss.

(70) *R v Hayward* (1908) 21 Cox 692; *R v Blaue* [1975] 1 WLR 1411 Court of Appeal. Che poi da questo principio di imputazione oggettiva, si faccia dipendere anche la decisione sull'imputazione soggettiva di omicidio in caso di ferimento di testimone di Geova, e successivo rifiuto di emotrasfusione, anche a carico di chi ex ante non poteva sapere nulla di questa condizione personale di adesione fideistica (così per es. la Corte d'Appello inglese nel caso *Blaue* citato: v. il commento in A.P. Simester, G.R. Sullivan, *Criminal Law. Theory and Doctrine*<sup>2</sup>, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2003, 105 s.) è questione differente: l'imputazione soggettiva deve essere veramente soggettivizzata, perché altrimenti l'adozione di un criterio oggettivo di rilevanza causale serve, senza ulteriori mediazioni e livelli di giudizio, per una decisione di responsabilità oggettiva.

(71) F. Carrara, *Sul caso fortuito*, in *Opuscoli di diritto criminale*<sup>5</sup>, Ed. Libreria F.lli Cammelli, Firenze, 1898, vol. III, 31.

(72) Sull'artificialità del diritto cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., 22, 33 s., 36; N. Irti, *Natura e 'artificialità' del diritto*, in *Id., L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma, Bari, 2013, 3 ss.

(73) Per interessanti applicazioni di queste differenze nel campo delle biotecnologie v. per es. M. Tallacchini, F. Terragni, *Le biotecnologie*, Bruno Mondadori, Milano, 123 ss. Per più approfondite analisi sui brevetti biotech v. A. Stazi, *Innovazioni biotecnologiche e brevettabilità del vivente. Questioni giuridiche e profili bioetici nei modelli statunitense ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

(74) Si può rammentare, *mutatis mutandis*, quanto rilevato da H. Putnam, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy* (2002), tr. it., *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, Fazi, Roma, 2004, 109: "la mia risposta all'interrogativo: "I valori vengono prodotti o scoperti?" è quella che credo avrebbe dato John Dewey, vale a dire che noi produciamo modi di trattare situazioni problematiche e scopriamo quali sono migliori e peggiori" (*amplius* *ivi*, 108-123).

(75) Una scoperta collettiva, del resto, non certo individuale, presente in civil law come in common law, anche se dai contorni non sicuri e pacifici, più facilmente aggregabili attorno al concetto di cause oggettive o soggettive (e relative "defences") di esenzione dalla responsabilità. Tutti ricordiamo, per es., che Hans Welzel, a metà degli anni Sessanta del secolo scorso, riteneva la distinzione tra fatto, antiggiuridicità e colpevolezza "il progresso dogmatico più importante delle ultime due-tre generazioni": H. Welzel, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schulung*, 1966, 421, ma si tratta(va) di tripartizione non certo universalmente riconosciuta, laddove assai più recepita è la differenza tra giustificazione e scusa, che suppone illecito e colpevolezza, più che una vera tripartizione. Con specifico riguardo alla distinzione fra scriminanti e scusanti, cfr. W. Hassemer, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht. Thesen und Kommentare*, in A. Eser/G. Fletcher, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*, I, Freiburg, i. Br., 1987, 176 ss., e *ivi*, 204 ss., e *amplius* tutti e 3 i volumi dedicati al tema nella raccolta di contributi curata dal Max Planck, oltre alla consultazione dei principali manuali di lingua inglese, tedesca, spagnola, italiana e francese.

(76) V., a proposito della storia della scoperta dell'agente patogeno della sifilide e della reazione Wassermann, l'esemplare studio di L. Fleck, *Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1980, tr. it. *Genesi e sviluppo di un fatto scientifico*, Il Mulino, Bologna, 1983, spec. 98 ss., 174 ss., 193 ss., e qui interessanti digressioni sul rapporto tra la "scienza delle riviste" e la "scienza dei manuali". V. pure la Prefazione all'ed. americana di T. Kuhn, *ivi*, 251 ss.

(77) Cfr. M. Donini, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in questa *Rivista*, 1997, 382 ss.

Anche dalle leggi speciali è possibile risalire a nuove categorie o a declinazioni innovative di categorie classiche. Il recupero epistemologico della legislazione complementare, da quella penale economica, a quella ambientale, alimentare, giuslavoristica, bioetica, della criminalità organizzata etc., è un dato rilevante dell'elaborazione scientifica degli ultimi decenni.

(78) Per un'esperienza "sul campo" di tale contributo degli interventi collettivi alla formazione di una decisione, cfr. quanto osservato, a proposito del dibattito sul dolo eventuale in vista delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp, in M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. Pen. cont.*, 21 febbraio 2014.

(79) Però la ricerca individuale non è certo finita con le acquisizioni collettive. Ogni ricercatore, anziché gloriarsi o magari dolersi dei risultati dell'Anvur o di un referaggio, dovrebbe chiedersi: quale contributo dà alla scienza questo mio lavoro? Contiene nuove interpretazioni? scoperte? invenzioni? Che cosa aggiunge al sapere comune? Consolida una conoscenza collettiva? E dovrebbe poter redigere una pagina d'illustrazione analitica del valore scientifico del suo contributo. Ma l'obiettivo è che esso s'inserisca, presto o tardi, in un contesto di ragione pubblica: non per ambizione maggioritaria o populistica, ma perché se esso presenta un contenuto di verità sociale, non può o non deve restare un'espressione individuale.

(80) Il tema meriterebbe un approfondimento, oltre le radici medievali nel pensiero di Averroè (cfr. A. Illuminati, *Averroè e l'intelletto pubblico*, Manifesto libri, Roma, 1996), e la tematizzazione moderna datane da Kant (*I. Kant, Beantwortung der Frage: was ist Aufklärung?* [1784], tr. it. *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in *I. Kant, Scritti politici*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Utet, Torino, 2010, 141 ss.) e quindi da J. Rawls, *The Idea of Public Reason*, in *Id., Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993, 213 ss.; *Id., The Idea of Public Reason Revisited* (1997), in *Id., The Law of Peoples*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2002, 131 ss. Certo che, nel nostro caso, gli elementi di democrazia penale che connotano il discorso scientifico, e dunque il controllo costituzionale sulle categorie e sull'uso dei principi, non possono restare circoscritti all'idea che "in a constitutional regime with judicial review, public reason is the reason of its supreme court" (così, invece, J. Rawls, *The Idea of Public Reason*, cit., 231, in relazione a 216: "since act of the legislative and the executive need not be justified in this way, the court's special role makes it the exemplar of public reason"): la ragione della Corte Suprema è altrettanto pubblica quanto quella del legislatore che motiva la legge (se lo fa), e dell'interprete che ne coglie i nessi e la ratio; essa resta un'opera collettiva, non certo ingessata in un dictum istituzionale o giurisdizionale. Per questo anche ogni vincolo formale di stare decisis, che venisse introdotto anche in materia penale in un sistema di civil law, nel regolare in tal modo la nascita di una vera giurisprudenza-fonte (tale perché vincolante), non potrebbe certo mettere il bavaglio alla riflessione scientifica sul diritto giusto, diverso da quello vivente. Il precedente vincolante è un criterio di regolazione giuridico-politica, non di "verità" giuridica.

(81) V. nota prec.

(82) Sul tema v. il nostro *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in questa Rivista, 2001, 28 ss., 37 ss. La democrazia penale, invece, sul piano della realtà del diritto, è quel fenomeno per cui un progetto di riforma del codice penale può essere accantonato perché prevede l'abolizione dell'ergastolo, che andrebbe incontro a troppi dissensi nell'opinione pubblica; mentre una qualsiasi riforma "tecnicamente" dubbia o sbagliata, o qualsiasi teoria dottrinale, possono essere del tutto indifferenti perché non impattano sull'opinione pubblica.

(83) Sul tema pure v. C. Grandi, *Processo decisionale europeo e democrazia penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2013, 1 ss., 42 ss.; C. Cupelli, *Il Parlamento europeo e i limiti di una decisione in materia penale, tra modelli della democrazia e crisi della riserva di legge*, in *Criminalia*, 2012, 535 ss., spec. 548 ss.

(84) Fenomeno da molto tempo conosciuto: N. Luhmann, *Illuminismo sociologico* [1970], Il Saggiatore, Milano, 1983, spec. 190 ss.; M. Foucault, *Microfisica del potere. Interventi politici*, Einaudi, Torino, 1977; *Id., Corso del 14 gennaio 1976 al Collège de France*, in *Il faut défendre la société*, Gallimard, Paris, 1997, tr. it. "Bisogna difendere la società", Feltrinelli, Milano, 2010, 32 ss.

(85) A parte casi inevitabili di interpretazione estensiva della regola astratta, l'estensione della punibilità appare legittima in chiave di concretizzazione individualizzante del precetto. Solo per

effetto della somma di nuove sottofattispecie, risulta possibile una rilettura complessiva della norma astratta di tipo estensivo, in coerenza col criterio della prevedibilità del nuovo diritto di formazione giurisprudenziale.

(86) Cfr. Donini, *Il volto attuale*, cit., cap. IX.

(87) In senso conforme, M. Romano, *Dogmatica e politica criminale*, oggi, in questa Rivista, 2014, 798. Non credo che sia una forma di narcisismo scientifico riconoscere questo nostro ruolo.

Valga quanto detto (anche al § prec.) come (ulteriore) risposta alle diverse valutazioni pessimistiche sul ruolo della scienza, nel rapporto con la democrazia penale, contenute in G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, 1247 ss.

(88) Per una sua declinazione che mi pare travalicare la divisione dei poteri (perché il potere giudiziario non è certo meramente “critico”, ma semmai decisivo e dunque un potere istituzionale), E. Scoditti, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Esi, Napoli, 1999.

(89) L’idea che la decisione giudiziaria sia soprattutto un atto di volontà, idea presente nella tradizione analitica (v. per tutti A. Ross, *On Law and Justice*, tr. it. cit., 129 ss.), non è esatta. Nondimeno, non v’è dubbio che l’interpretazione dottrinale, se non si misura con specifici casi concreti, ma offre soprattutto soluzioni generalizzanti, presenti una differenza nel punto di osservazione che è spesso garanzia di maggior equilibrio complessivo e tenuta sistematica.

(90) È questo anche il caso di Foucault, il cui tentativo di “delegittimare” il valore scientifico delle scienze “umane” (che hanno come oggetto l’uomo: soggetto e oggetto insieme), cioè di discipline come la psicologia, l’economia, o la filologia, meri “saperi” e non “scienze” (M. Foucault, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, Paris, 1966, tr. it. *Le parole e le cose. Un’archeologia delle scienze umane*, BUR, Milano, 2004, 370 ss., 381 ss., 391 s.; Id., *L’archéologie du Savoir*, Gallimard, Paris, 1969, tr. it. *L’archeologia del sapere*, Rizzoli, Milano, 1999, 232 ss., 241 ss.; Id., *L’ordre du discours*, Gallimard, Paris, 1971, tr. it. *L’ordine del discorso*, Feltrinelli, Milano, 2004, 45 s.) — per poi recuperare una loro diversa analisi critica rispetto allo studio del potere che altrimenti governa questi saperi — risentiva di una cultura epistemologica tipica della prima metà del Novecento, che vedeva solo in quelle “naturali” o matematiche le scienze per antonomasia. Vero che le discipline più “umanistiche” che ponevano l’uomo (o alcune sue attività) al centro del loro oggetto non esistevano prima dell’età moderna (psicanalisi, sociologia, economia): ma il diritto sì che esisteva, eccome, anche come disciplina “scientifica”. Il discorso foucaultiano, pertanto, appare poco calibrato per spiegare il diritto come “scienza umana” con pretese caratteri d’innovatività dopo che l’uomo sarebbe diventato davvero oggetto di scienza, cioè (secondo F.) solo dopo il XVIII secolo. Tuttavia, proprio il diritto penale, come scienza nel significato attuale, data in effetti dal XVIII secolo (dalla sua seconda metà), ma non perché — “a differenza di prima” -, abbia l’uomo (o un suo prodotto) come soggetto/oggetto, bensì per la centralità dei diritti fondamentali quali oggetto e limite della penalità. E in ogni caso, la composita metodologia (anche causale, in senso weberiano) delle scienze sociali e di quelle ermeneutiche (in senso sia bettiano e sia post-gadameriano) appare la più adatta a spiegare i tratti epistemologici del diritto, meglio di quanto non sappiano fare le geniali, ma un po’ fumose teorie foucaultiane sui “saperi” che scienza non sono. Sulle “epistemi” occulte di Foucault, paradigmi culturali inconsci che governano l’articolazione della conoscenza, e sottostanno alle diverse epoche: rinascimentale sino al ‘500, classica da Cartesio sino al ‘700, e poi “moderna”, cfr. D. Leland, *On Reading and Writing the World: Foucault’s History of Thought*, in *Clio, an interdisciplinary Journal of Literature, History and the Philosophy of History*, IV, Indianapolis, 1975, 225 ss.

(91) M. Foucault, *Corso del 17 marzo 1976 al Collège de France*, in *Il faut défendre la société*, Gallimard, Paris, 1997, tr. it. “Bisogna difendere la società”, cit., 209 ss.; G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, 131 ss.; R. Esposito, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, 3 ss., 41 ss.

(92) V. la conclusione della nostra voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. pen.*, XIV, 1999, 297.

(93) In questo sviluppiamo da tempo una riflessione autonoma, anche se debitrice, rispetto a quella classica di L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Laterza, Bari, Roma, 1989, e dello stesso Bricola, che ne ha preceduto e anticipato il percorso penale-costituzionale, su basi normative, anziché filosofiche. Un garantismo orientato alla minima sofferenza per autore e vittima mette in gioco, di fronte allo Stato, almeno tre soggetti da considerare “dentro al paradigma garantista” (autore, vittima, cittadini estranei a quel rapporto, ma suscettibili di “rischio penale”) e deve necessariamente

puntare sulla riparazione, su una pena agita e non subita, che restauri una situazione positiva, anziché raddoppiare il male, e su quelle basi ricostruire anche una nuova scala delle pene edittali. Amplus, M. Donini, Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male, cit. Il modello della giustizia riparativa, insieme a quello del diritto penale internazionale, costituisce la novità politico-criminale più rilevante e rivoluzionaria degli ultimi lustri a livello mondiale. Recuperata una diversa credibilità nel settore della pena, anche la teoria del reato risulterà complessivamente più credibile, e capace di inserire il diritto penale nel contesto di una disciplina più consona ai modelli culturali prevalenti.

**Utente:** csbab9518 CSBA-B.U.AREA GIURIDICA

www.iusexplorer.it - 11.09.2016

---

© Copyright Giuffrè 2016. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156