

Archivio selezionato: Dottrina

**LA SITUAZIONE SPIRITUALE DELLA RICERCA GIURIDICA PENALISTICA.
PROFILI DI DIRITTO SOSTANZIALE THE SPIRITUAL SITUATION OF THE LEGAL
PENAL RESEARCH. SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW PROFILES.**

Cassazione Penale, fasc.5, 2016, pag. 1853B

Massimo Donini

Classificazioni: DIRITTO PENALE

Sommario 1. Una necessaria premessa sullo stato delle cose. — 2. Il contesto delle fonti e dell'internazionalizzazione. — 3. L'oggetto della ricerca. — 4. Dall'oggetto al metodo. E dal metodo all'oggetto. Per l'apertura a un più consapevole pluralismo (più che “anarchismo”) metodologico. — 5. (Segue) L'esempio della comparazione nelle ricerche penalistiche. — 6. Il pluralismo dei metodi. — 7. L'eredità del secolo della dogmatica e il principio della condivisione dei saperi quale chiave di rilettura della separazione dei poteri. — 8. I soggetti. — 9. Sulla ridotta centralità, ma permanente vitalità, dello studio accademico del diritto. — 10. La teoria generale di matrice tedesca e la lingua inglese. Approccio costituzionalistico e strumenti per la costruzione di un polo scientifico europeo: un “terzo sistema” tra civil law e common law. — 11. Quesiti di autovalutazione per giovani, e meno giovani, ricercatori, tra scoperte e invenzioni. — 12. La ricerca di gruppo come àncora di salvezza del metodo comparato e “integrato” in senso empirico. — 13. La ricerca applicata alla didattica, tra aristocrazia e democrazia penale.

1. UNA NECESSARIA PREMESSA SULLO STATO DELLE COSE

Molto è cambiato in trent'anni, da quando ho cominciato a pubblicare studi penalistici. Noi andavamo a Friburgo (1), qualcuno anche negli States, o in Gran Bretagna, e più tardi nei Paesi di lingua spagnola, ma se pure non eravamo certo pionieri dell'internazionalizzazione e della comparazione, oltre che della dogmatica comparata (non giusrazionalista da esportazione come quella tedesca, però), certo siamo stati “inviati” a svolgere quei compiti in modo molto diverso. Molti di noi hanno anche importato in modo intelligente, senza effettuare innesti con crisi di rigetto inevitabili. Ma non ci siamo sempre resi conto che si stava comunque importando a senso unico, che la grande forza costruttiva di alcuni studiosi tedeschi era pur sempre espressione di una cultura storicamente e geograficamente circoscritta (2). Alcuni hanno difeso oltre misura le identità nazionali, per volontà d'indipendenza e autonomia non sempre ben riposta, o per fede nel tecnicismo e dunque nel giuspositivismo. Altri hanno dialogato solo con i tedeschi, o con gli americani (e alcuni continuano a farlo), compromettendo un po' la loro autonomia, ma talora arricchendo la conoscenza di una cultura straniera di primario livello, anche se di regola non dialogica con noi, né con altri. L'integrazione con gli altri saperi – la scienza penale integrale o integrata – ha funzionato solo o soprattutto rispetto a certi temi o ricerche, e anche qui ha vissuto ostacoli culturali e politici fortissimi: culturali, per l'antico pregiudizio che per decidere sul dover essere non sarà mai risolutiva una conoscenza di fatto, e per il dominio della filosofia analitica e della *is/ought question*, la grande divisione e la paura di finire tutti giusnaturalisti o cattolici; politici, per l'impatto dirompente che ha sul controllo del potere politico e legislativo l'ingresso di saperi che si facciano valere giuridicamente contro le opzioni criminalizzatrici e da punti di vista “alternativi”: ricordiamo come le conoscenze e i giudizi di fatto, ma anche quelli scientifici, siano tradizionalmente vietate/i in Cassazione e davanti alla Corte costituzionale, ma che una maggiore apertura è avvertita qui come sempre più necessaria (3).

Noi abbiamo superato almeno “negli studi” tutti questi divieti e ci troviamo a prendere atto di grandi innovazioni che obiettivamente ci fanno apparire il diritto penale, oggi, come un prodotto meno “terribile” di un tempo, almeno da noi, in Europa e nei sistemi a noi affini. Per molti è un vero strumento di tutela, più che di oppressione, dei diritti fondamentali: è affermato in linea di principio il *nullum crimen sine culpa*; si responsabilizzano gli enti in chiave autenticamente preventiva; si devono sempre più motivare le leggi; cominciano a essere possibili giudizi di fatto nei controlli di legittimità; vale il divieto di retroattività della giurisprudenza che non sia consolidata e sia sfavorevole; vale la retroattività *in mitius* come principio costituzionale; le

soluzioni (più che le decisioni) giurisprudenziali devono essere prevedibili; le questioni di diritto e le qualificazioni giuridiche dei fatti vanno discusse in udienza e non introdotte di sorpresa in sentenza; in appello non si possono valutare diversamente i testi *contra reum* senza risentirli; il principio dell'oltre ragionevole dubbio comporta che se la difesa prospetta una tesi alternativa, anche se non pienamente persuasiva, essa basta a neutralizzare quella indiziaria dell'accusa purché non sia irragionevole; il giudicato è sempre più rivedibile alla luce di mutamenti giurisprudenziali e non solo legislativi sopravvenuti; vige il principio di tenuità come regola legale in tutto il sistema e quello di offensività come principio ormai (a mio parere) dimostrativo. Vige la regola della perseguibilità reale e permanente, almeno per molti Stati, del genocidio, dei crimini di guerra e contro l'umanità. Sul piano sanzionatorio, la realtà carceraria appare sempre più come un luogo dal quale, per essere dell'esclusione, devono essere preservati gli autori più suscettibili di reinserimento sociale, mentre gli altri dovranno conoscere forme di trattamento del tutto nuove per consentire che il "principio speranza" sia una prospettiva anche per i più volenterosi e aperti a forme agite e non subite di pena; si fa strada la giustizia riparativa come vera alternativa al raddoppio del male rappresentato dalla classica concezione della pena criminale, e da ultimo la potenziale assunzione di finalità punitive da parte del diritto civile, e non solo da parte del diritto amministrativo.

Sto ancora sognando un po'. Il penale resta la più odiosa delle forme di tutela. Però molte di quelle prospettive appena nate, embrionali, non sono più chimere.

Eppure ci sentiamo tutti a rischio penale, continuamente bombardati da notizie di reato che riguardano pubblici e privati amministratori, politici, comuni cittadini, conoscenti, amici: come i malati di tumore o di malattie cardio-vascolari. Il diritto penale da etichettamento è alla portata di tutti, sulla soglia, e può ancora rovinare una vita o una carriera, anche se spesso viene "neutralizzato" *in itinere* durante un procedimento (prescrizioni, cause estintive/riparatorie diverse, abrogazioni, aggiornamenti extrapenali di fatto depenalizzanti, soluzioni processuali etc.), e talora perfino comincia a "non fare più notizia". Siamo eticamente divisi in contesti multiculturali e poiché se non si va nel penale tutto ha un prezzo e si può mettere economicamente in conto (*pricing vs. prohibiting*), solo la prospettiva penalistica, anche se non terrorizza, comunque ha efficacia deterrente e induce a penalizzare quasi tutto ciò che si vuole venga avvertito come un divieto (o un obbligo) davvero cogente. Questo penale così normalizzato e quotidiano, sempre escludente, vede il crescere di livelli sanzionatori (spesso per ragioni estrinseche: di prescrizione, processuali etc.) che lo rendono più severo rispetto a tipi d'autore nuovi, con politiche criminali sovranazionali e nazionali di diverso intreccio. Cresce una cultura efficientista. Ma non solo di tipo economico. L'etica familiare, sessuale, del lavoro, dell'impresa, della concorrenza, dei pubblici uffici, dell'università, dei concorsi, della ricerca, del denaro, ne è ormai pervasa: è il penale, anzi, l'etica di tutti quei rapporti che ha valore davvero pubblico (4).

Certo la pena (il vero *discrimen* di ogni intervento legislativo) è il tema meno scientifico e più lacerante di tutto il diritto penale. La selezione degli autori a rischio carcere è spesso molto classista, mentre la selezione di quelli a rischio non carcerario è di tipo etico o casuale.

Possiamo dire che la legittimazione politica (non la giustificazione teorica) di una pena carceraria di autore (criminalità organizzata, violenta, marginale, immigrati, spacciatori, etc.) è oggi rappresentata dall'essere "compensata" dal rischio di un penale simbolico o processuale per tutti, oltre alla realtà del carcere intermittente o "a titolo" d'esempio per soggetti normali e colletti bianchi, politici, *grands commis*, criminali internazionali etc.

Tesi un po' estremizzata, forse, ma non proprio lontana dal vero, e che fa evaporare la prospettiva semplificante di una doppia velocità (carcere di classe *vs.* pena simbolica per gli altri).

Per tutti, però, il futuro riserva una diversa valenza positiva dell'intervento penale in chiave sussidiaria, a sostegno di un volto positivo della sanzione, che non raddoppia il male, ma in primo luogo mira alla riparazione dell'offesa e al risarcimento del danno a vittime e terzi (il delitto non

paga, dunque, almeno sotto questo profilo): e solo in assenza di ciò, sussidiariamente, applica sanzioni gradualmente meno gravi “dall'alto al basso”, che si degradano dai livelli incommensurabili dei massimi crimini, e comunque di fatto puniti con fine-pena di regola inferiore all'ergastolo, invece di essere concepite da principio come commisurate all'offesa e alla colpevolezza”, cioè duplicanti il male “verso l'alto” (5).

Il modello del delitto riparato può oggi rappresentare un punto di partenza per rivedere tutta la teoria del reato, quella che orienta poi la commisurazione a essere una duplicazione del male parametrata su illecito e colpevolezza (6).

Che sia il buonismo della mediazione o la scure della confisca per equivalente, la condizione del risarcimento o della riparazione per esiguità, messa alla prova, sospensione, misure alternative, premiali etc., in ogni caso abbiamo dinanzi a noi un programma di rinnovamento dell'intero *ius terribile* in uno strumento davvero rispondente all'*extrema ratio*.

Ecco, si salda qui l'inizio del tema della ricerca scientifica.

Certo non si può dire 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” (7). Sennonché, nel caso dei giuristi il mancato riconoscimento è questione politica essa stessa: si ‘vuole’ che restino dei tecnici, a parte qualche tuttologo che scrive della quotidianità, per assicurare alla politica la propria supremazia sulle “regole”.

Eppure non solo le questioni “di principio”, ma anche la “*legal dogmatics*” (8), o la teoria generale, sono sempre più avvertibili come tecniche argomentative fondamentali per i pubblici poteri, per la ragione pubblica, e dunque per la democrazia, per la stessa etica pubblica. Di essa si appropriano giornalisti e giudici, pubblicisti e scrittori non giuridici. La grande sfida del tempo presente è quella di renderla accessibile al pubblico, di sprovvincializzarla: tutto il contrario di un sapere esoterico. Il *cognoscere per causas*, e non solo *per dogmata*, appartiene pienamente a questo momento spirituale, capace di riunire sapere empirico e normativo dentro a programmi “integrati” della scienza penale (9).

2. IL CONTESTO DELLE FONTI E DELL'INTERNAZIONALIZZAZIONE

2.1. L'unica premessa normativa valida per un discorso sulla ricerca oggi è data da una riflessione sul sistema delle fonti quale premessa, appunto, e non mero oggetto di ricerca (10).

Domina il campo l'immagine neomedievale della riduzione del diritto penale a un nocciolo duro di crimini sovranazionali e di reati transnazionali identici nelle fattispecie d'illecito (*ius commune*) e di delitti comuni nazionali (*ius proprium*), ripartiti fra codici e leggi complementari per metà nazionalisti (*statutum*) e per metà di matrice europea ma solo armonizzati e non identici (*lex*) (11). Appare questa una descrizione realistica della geografia punitiva *in fieri*, insieme a un'armonizzazione sanzionatoria che deve peraltro ancora ripensare radicalmente il ruolo della proporzione e della riparazione nel costruire le cornici edittali, ed esser consapevole della insuperabile politicità nazionale del catalogo e del contenuto delle pene.

2.2. Il diritto giurisprudenziale è sempre più equiparato alla legge. Tecnicamente sono giurisprudenza-fonte le decisioni della Corte Edu e della CGUE, la retroattività dei mutamenti giurisprudenziali favorevoli, e l'irretroattività di quelli sfavorevoli sono tra i temi più sconvolgenti del dibattito più recente sulle fonti. Ometto le citazioni, tanto ovvie e sulla bocca di tutti.

Se così è, Beccaria è alle nostre spalle (12): non c'era bisogno di attendere decisioni di Strasburgo, per apprenderlo, lo sapevamo da tempo. Né la Corte costituzionale e quella di Cassazione hanno

bisogno di *inputs* europei per realizzare “in proprio” le medesime funzioni innovatrici anche con ben ricchi materiali nazionali.

Di qui il nostro rivolgerci, ormai, più alla giurisprudenza che al legislatore. Noi come studiosi, intendo.

Occorre rielaborare di fronte a questo referente, che è attore primario insieme al legislatore della costruzione del “diritto”, le vecchie categorie garantiste. Applicare le garanzie anche alle costruzioni ermeneutiche che riempiono la legge: precisione e tassatività, irretroattività. Disposizione e norma. Occorre una nuova lettura dell'analogia, il cui divieto rimane basilare per l'epistemologia dell'ermeneutica penale.

2.3. Forse però, più ancora che rivitalizzare il divieto di analogia (13), occorre individuare e controllare i percorsi che portano addirittura a costruire fattispecie nuove in via giurisprudenziale. Vari giudici (italiani) seguono ormai in diritto penale il modello dell'art. 2043 c.c. o dei contratti innominati rispetto ai tipi legali precostituiti per legge. Dobbiamo mostrar loro che stanno annullando la differenza rispetto al diritto civile, varcando le colonne d'Ercole ma non verso il nuovo mondo, bensì verso il vecchio mondo preilluministico.

2.4. Vero che l'interpretazione costruisce nuovi esiti mentre ricava un senso dai testi (il *sensus efferendus*). Però rimane il sillogismo. Non è andato in frantumi (14). Qui Beccaria ha ancora da insegnarci qualcosa, insieme all'idea che l'interpretazione è sempre un po' politica (e per questo egli intendeva antistoricamente vietarla) (15). Una volta reinventato il diritto anche in chiave giurisprudenziale, non è che ogni caso è nuovo e imprevedibile. La prevedibilità (delle future qualificazioni di condotte come tipiche), oggi tanto imposta dall'art. 7 Cedu (reinterpretato dalla Corte Edu), è in funzione di un sillogismo: sennò come potrebbe mai “funzionare” una qualsiasi previsione?

2.5. Sempre relativa al discorso sulle fonti è la premessa riguardante l'internazionalizzazione della ricerca, della quale noi ci siamo sempre fatti interpreti (v. il ruolo della comparazione), e ora viene “scoperta” anche dai giuristi tedeschi, tradizionalmente esponenti tra i più conservatori della ‘propria’ dogmatica nazionale presentata come universale: però oggi le basi normative (art. 179 TFUE, dove si progetta “uno spazio europeo della ricerca”), istituzionali, politiche e storiche sono diverse, e si tratta di un'internazionalizzazione europeista o di una “dogmatica europea comparata” (16).

3. L'OGGETTO DELLA RICERCA

3.1. L'invarianza dell'oggetto è da millenni considerato un presupposto della scienza: almeno da Aristotele in poi, “giacché non vi potrebbe essere scienza di cose che scorrono” (17). Questo pregiudizio, capace di destituire di legittimazione non solo tutto il “mutevolissimo” diritto penale complementare, o quello contravvenzionale (18) o quello economico, ma tutto il diritto, non ha mai potuto essere accolto veramente dagli studiosi di scienze giuridiche, pur costituendo da sempre una tentazione che vive sotterranea nella storia del diritto naturale: la tentazione giusnaturalistica.

Non solo. I campi privilegiati della ricerca sono oggi ad oggetto spiccatamente mutevole: i temi classici, il *Kern* dei *natural crimes* o della *tgr* appaiono, salvo che per pochi selezionati o attempati, *passé* e comunque bisognosi di trasformismi linguistici che peraltro spesso dimenticano la storia pensando così di innovare davvero qualcosa.

Eppure, ci sono regole che non vengono ritenute meritevoli di analisi scientifica perché troppo contingenti: ricordo ancora l'atteggiamento della “scienza” verso gli artt. 2621, 2622 c.c. dopo le riforme del 2002 (19). In quel caso era stato un eccesso di politica “di parte” espressa nelle nuove incriminazioni, a precludere la persuasione di una possibile elaborazione scientifica su di esse.

Ci sono pur sempre 'costanti' che si possono scoprire in chiave sincronica e diacronica (20): dal tema delle concause a quello della distinzione tra scriminante e scusante, fra illecito e colpevolezza (21).

La vera novità del tempo presente, peraltro, è costituita dal diritto come oggetto privilegiato di ricerca, più che dalla legge. E per diritto intendiamo quello giurisprudenziale formatosi dentro o accanto al principio di legalità.

4. DALL'OGGETTO AL METODO. E DAL METODO ALL'OGGETTO. PER L'APERTURA VERSO UN PIÙ CONSAPEVOLE PLURALISMO (PIÙ CHE "ANARCHISMO") METODOLOGICO

4.1. Le variazioni dell'oggetto spiegano come anche il metodo richieda aggiornamenti epistemologici pluralistici.

I tratti particolarmente dinamici del diritto poco si adattano a pregiudiziali metodologiche precostituite. Sembra più consono ad esso se non proprio il "modello di Feyerabend" (22), che è quello dell'anarchia metodologica (*anything goes*) (23), in ogni caso quello del pluralismo dei metodi di ricerca scientifica (24).

It works.

4.2. Il metodo classico non è stato abbandonato (25). Esso è costituito da esegesi, interpretazione, dogmatica e sistematica, comparazione, storia e internazionalizzazione, siano esse a base critico-costituzionale o maggiormente ancorate a testi di legge subordinata ai principi (26). Pure di questo si può sempre dire: *It works.*

4.3. A esso si affiancano oggi innovazioni aperte a un pluralismo di linguaggi, fra i quali quello della legge non è più l'unico e dominante, essendo prescrittivi e decisivi anche i linguaggi degli interpreti istituzionali, delle Corti, come pure altri linguaggi di saperi non giuridici. Chiaramente questi ingressi linguistici spezzano e confondono l'ordine e le geometrie del primo modello tradizionale appena ricordato: muovono dai casi, per es., da un pensiero problematico, e non *sistematico*. Niente di nuovo per chi conosce la storia del diritto (27), ma per il penalista è un'innovazione rilevante il passaggio da un metodo concettuale a uno casistico (28).

4.4. C'è peraltro un ulteriore nuovo "metodo" (*sic*) che oggi si impone, il quale prescinde da analisi di contenuti, perché guarda alle forme, dove si pubblica, in quali collane e riviste accreditate, quanto si venga citati, quale sia il livello di internazionalizzazione.

È il metodo *Anvur*, che sposa e propaga il mito dell'eccellenza formale (29).

Esso valorizza in modo opportuno la dimensione internazionale della scienza, anche di quella giuridica. Però l'intollerabile segretezza dei risultati rende impossibile una verifica sperimentale pubblica del metodo, che resta formale e fiduciario. Userà quei parametri solo chi non leggerà il lavori. Chi li leggerà, potrà e dovrà serenamente poter prescindere da quei risultati. Non solo. Se ogni valutatore conosce solo il suo parametro di giudizio e non si può confrontare con quelli altrui, si tratterà necessariamente di un sistema di casuale affidamento occulto che non risponde all'inevitabile diversa affidabilità (per provenienza, scuola, formazione, età etc.) dei colleghi pur disposti alla selezione (*absit iniuria verbis*).

Eppure anche di questo si può dire, ad altri scopi: *It works*. Basta che si sappia che serve a chi non legge.

4.5. Il pluralismo metodologico, senza sminuire il rigore dello studio, muta a sua volta gli oggetti della ricerca, e rende quest'ultima più innovativa, ricca, aperta.

4.6. Se si vuole accedere ai concorsi universitari, qui si aprono i conflitti infiniti di valutazione, si può scoprire tristemente che i valutatori non sono pluralisti nel metodo, anche se su un punto, formalmente, tutti si è d'accordo: che si debbano privilegiare i contributi con caratteri di originalità scientifica. L'originalità del prodotto non è sempre facilmente sindacabile, perché si può contribuire alla "scienza normale" (in termini kuhniani) senza effettuare nessuna rivoluzione scientifica: è ciò che avviene nell'80% dei casi, del resto, e del tutto legittimamente. In quei casi l'originalità riguarda il percorso, la *Begründung*, l'organizzazione culturale e argomentativa, non la *tesi* sostenuta. D'altro canto, poiché un prodotto può essere anche soltanto "accettabile" per superare un vaglio di mera "abilitazione scientifica", e non necessariamente buono o eccellente (30), anche il requisito dell'originalità dovrà essere ampiamente bilanciato con la presenza di parametri valutativi di conflittuale applicazione. Non è neppure detto che se il *trend* dovesse avanzare verso un'esigenza di spiccata utilità pratica dei "prodotti", per valorizzare il *problem solving*, l'originalità rimanga sempre un valore, sostituendosi col contrassegno della innovatività più tipica del prodotto industriale protetto.

4.7. La valorizzazione dell'originalità è peraltro esaltata al massimo dal pluralismo metodologico ed è in tensione diretta con il conservatorismo delle classificazioni dei prodotti in riviste e collane (sempre più condizionate da problemi di spazi e costi) secondo il metodo *Anvur*, che non garantisce nessuna competenza dei valutatori sui prodotti specifici che giudicano: l'affidarsi a classificazioni standard serve a chi le utilizza per non leggere i prodotti, e a chi valuta serve per "stare dalla parte dei bottoni". Se si è fortunati con la commissione giudicatrice (31)(l'unica ormai deputata a vagliare davvero l'originalità, perché le schede delle valutazioni VQR sono sostanzialmente molto carenti di motivazione e insindacabili) anche di quel metodo o di quel giudizio di originalità si può dire che: *It works*. Ma quale metodo vige in queste valutazioni, se non l'anarchia dei risultati, più che quella metodologica?

4.8. Guardiamo infine i manuali del Novecento, tesoro e deposito del sapere consolidato, che ci restituiscono la prospettiva dell'osservazione storica delle ricerche del passato. Sono essi esempi di ricerche eccellenti o metodi per ricerche eccellenti? Come prodotti sono talvolta il risultato originale di ricerche proprie e altrui, ma di regola non possono contenere il percorso che suffraga scientificamente gli esiti esposti, né possono consistere in una summa di sole idee nuove e originali, dato che devono trasmettere un sapere riconosciuto nella comunità scientifica. Però i materiali di insegnamento, se rinnovati e adatti ai tempi, consentono di svolgere a volte profonde innovazioni culturali. Come strumenti sono di ricerca solo se sviluppano la capacità del lettore di affrancarsi dai modelli del passato, e dunque se sono orientati a una sensibilità critica e non semplicemente di recezione di una dottrina consolidata: ciò che peraltro non costituisce di fatto l'obiettivo sempre primario di un manuale didattico, tanto più quando redatto senza apparati di note rispecchianti il dibattito plurale contemporaneo.

5. (SEGUE) L'ESEMPIO DELLA COMPARAZIONE NELLE RICERCHE PENALISTICHE

5.1. La comparazione è stata vista come requisito riconosciuto di scientificità di un prodotto (32): ampliandosi il campo di indagine e di verifica, le basi della conoscenza appaiono più solide. Ma la sua realizzazione non si lascia "ingabbiare" e anche qui il modello dell'anarchismo metodologico appare quello più convincente.

La comparazione può essere vista, come noto, come disciplina autonoma e come tale scientifica: la comparazione come scienza descrittiva e avalutativa di quanto accade in ordinamenti stranieri, con funzione prettamente conoscitiva; oppure può essere intesa come metodo strumentale e integrante la dogmatica/teoria generale e i progetti di riforma: la comparazione quale metodo di ricostruzione di verità comuni, di nuclei concettuali trasversali, di categorie e istituti, di dialogo scientifico etc., con funzione anche valutativa e politica, non solo conoscitiva.

Chiamo questi due modelli:

a) il modello della comparazione 'pura' e delle tesi di Trento (33)e

b) il modello dell'*applicatio* e della comparazione in funzione teorica o dogmatica (34).

Il secondo è quello assolutamente prevalente negli studi dei penalisti, ma esistono realizzazioni assolutamente "miste" di quei modelli, tutte di ottimo livello e grande interesse scientifico (35).

5.2. Certo, la concezione della "scienza" (36) condiziona e orienta il modo di fare comparazione e anche storia; tuttavia anche qui non vediamo modelli puri, ma spesso misti: scienza come mera descrizione valutativa, oppure scienza prescrittiva, del dover essere. L'accostamento di questi due modelli in apparenza antitetici, ma in realtà compresenti di scienza, lo ritroviamo per es. nelle ricerche che affiancano le analisi comparate (descrittive) al discorso nazionale (prescrittivo), senza "integrare" in apparenza i piani, se non nel momento finale (37).

5.3. Un'espressione del tutto nuova, infine, è la comparazione europeista. Nuovo tipo di comparazione e internazionalizzazione, dove assistiamo alla costruzione di nuovi modelli di "sistema", dato che si elaborano qui i tratti di quel paradigma epistemologico che non è né puramente di *civil law*, né di *common law*, ma un *tertium genus* tra quelli, e dove il ruolo delle Corti, insieme ai legislatori, esige spiccate competenze linguistiche per i più ampi raffronti orientati a convergenze (38).

5.4. Questa breve rassegna ci informa su due dati rilevanti:

a) la monografia svolge ancora un ruolo centrale nella produzione penalistica di avanguardia o di riferimento sul piano metodologico e dei contenuti;

b) non c'è un modello unico, non c'è un'unica "metodologia dei programmi di ricerca scientifica" (39), ce ne sono più di uno e non sono necessariamente in competizione, perché di fatto vengono utilizzati contemporaneamente da più autori o perfino dal medesimo autore nella stessa opera o in lavori diversi.

6. IL PLURALISMO DEI METODI

6.1. Quanto detto trova riscontro anche nella constatazione di un dato per nulla evidenziato di solito, ma fondamentale.

La nostra disciplina non ha mai subito veramente il condizionamento, ma soltanto il fascino, di essere scientifica in quanto "pura" in senso kelseniano. Le "contaminazioni" con la politica, la sociologia, la criminologia, la filosofia etc. sono sempre apparse inevitabili, anzi vitali, e così pure la necessità di orientarsi alla prassi (al "dover essere" applicato e da applicarsi) e non alla mera conoscenza del diritto "in astratto".

6.2. Abbandonato quindi il modello kelseniano, ma anche weberiano, di scienza neutrale rispetto ai valori, il penalista ha raggiunto l'autonomia dello studio del diritto in primo luogo, storicamente, attraverso il tecnicismo: vale a dire mediante la pretesa di studiare il diritto *iuxta propria principia*, identificando l'oggetto di "conoscenza" con le regole legislative, e separandolo dalle sue 'fonti' contenutistiche e storiche: le materie e le discipline che fondano il dover essere, la volontà politica che sorregge le regole legislative, la "realtà" alla quale le prescrizioni e i divieti sono diretti. Questa separazione, però, 'tiene' solo se si delimita l'ermeneutica a uno stile formalistico, a una sorta di palestra logica di brocardi, a letture della mera *ratio subjectiva legis*, con delimitazioni costituite da regole *a contrario*, divieti di estensione, *non liquet* etc.

Apparsa come impossibile e antisociale una simile prigione ermeneutica, ne è risultata compromessa l'identificazione della "scienza" con l'interpretazione logico-formale e la dogmatica descrittiva di regole, categorie e istituti, che pure ha accompagnato la cultura penalistica

internazionale lungo tutto il Novecento. Peraltro, le migliori opere del tecnicismo non presentavano quei difetti della sua immagine storica deformata, a cominciare dal manifesto di Arturo Rocco del 1910 (40) e dal suo *opus magnum* del 1913 (41).

6.3. A quel modello “astratto” di giurisprudenza dei concetti, ne è seguito uno assai più fecondo e vicino a noi costituito dall'approccio costituzionalistico, il cui tasso di valutatività si oppone idealmente al metodo tecnico-giuridico (42). Ma il costituzionalismo penale non ha soppiantato il tecnicismo: si è solo affiancato a esso, perfino integrandosi con vari suoi stili (43).

6.4. Sia il tecnicismo e sia l'orientamento costituzionalistico sono compatibili con concezioni della scienza come “teoria generale”: sono dogmatiche diverse, ma pensano pur sempre a categorie, istituti e principi generali del sistema, in chiave deduttiva o induttiva. Più di recente, possiamo assistere al diffondersi di uno stile antidogmatico e pluralistico di pensiero, che sempre più domina nelle espressioni migliori dei prodotti scientifici, quelli che si arricchiscono anche di saperi extrapenali ed extragiuridici. Si pensa per problemi, si guarda agli orientamenti giudiziari, si argomenta in modo aperto e quasi giornalistico, o forense. Si riscopre l'esegesi sulle sentenze e sulle discipline europee, mentre non la si fa più sulla Costituzione o sul codice penale. Un *mélange* di vecchio e nuovo che confonde tutte le mappe della cartografia penalistica.

6.5. Una soluzione prescrittiva, più ermeneutica che dogmatica, cioè *the right answer*, è attesa da uno studio normativo, che non si limiti a osservare le norme dal punto di vista esterno, però non è un requisito di scientificità dei lavori di ricerca: anche un'impostazione rigorosamente critico-comparatistica può essere di grande utilità scientifico-conoscitiva, senza prescrivere proprio nulla. Ma la soluzione prescrittiva, proprio perché appartiene al dover essere proprio del diritto, non è certo estranea “in quanto valutativa” al suo definirsi in termini di rigore metodologico: contro tutta la tradizione che va da Kelsen a Weber, dal Circolo di Vienna al primo Wittgenstein e vorrebbe la scienza solo descrittiva, analitica o sperimentale che sia.

6.6. Esiste del resto anche una dogmatica/dottrina/teoria generale di principi, tutta orientata a Costituzione e fonti sovranazionali, che si colloca a un livello superiore alla legge ordinaria e consente uno stile di ricerca antiformalistico, non tecnico-giuridico. Anche quest'ultimo, peraltro, non è necessariamente disimpegnato rispetto alla soluzione di questioni interpretative sollevate dalla legge ordinaria.

6.7. Ci sono posizioni metodologiche più legate al garantismo dei principi e al diritto come *magna Charta* del reo, e altre alla difesa sociale e alla prevenzione generale, o alla vittima. Sono diverse “ideologie” del diritto penale, se si vuole essere onesti fino in fondo, ma anche contrassegni d'indirizzi metodologici, di “scuole accademiche” (44). C'è quindi molto pluralismo nell'ambito della ricerca, e anche la valutazione dei suoi prodotti (§ 4.6) non potrà non tener conto di questa situazione culturale comunque legittima e anzi molto interessante.

6.8. Certo che la presa d'atto dell'impossibilità di separare davvero proposizioni descrittive e prescrittive, fatti e valori nello studio del diritto, accentua il tasso di “politicalità dell'interpretazione”. Il ruolo del sapere accademico, a tale riguardo (§ seg.), dovrebbe essere quello di controllo critico su quel livello di politicalità, e di offrire un osservatorio il più “generale” possibile: ciò che non è consentito di regola al diritto di formazione giudiziaria o giurisprudenziale.

6.9. Esistono due letture contemporanee solo in apparenza diverse, ma in realtà convergenti:

a) quella per la quale la scienza penale deve essere una scienza delle garanzie, cioè fondata su principi di garanzia, siano essi costituzionali o di matrice sovranazionale (45);

b) quella per la quale la dogmatica/dottrina/teoria generale deve essere letta oggi come scienza dell'argomentazione o di una dimostrazione argomentata (46).

La prima lettura pare più prescrittiva, più deontologica, la seconda più argomentativo-ricostruttiva. Ma anche sarebbe sbagliato costruire steccati: sono stili che si possono unire o separare secondo le diverse sensibilità: la migliore “vecchia” dogmatica è sempre stata nient'altro che una dottrina collaudata, una dimostrazione argomentata, avente pretese o estensione di generalità di sistema. Lo stesso dicasi per quella contemporanea che riunifica secondo stili pluralistici conoscenze empiriche e dover essere “dentro” alla ricerca stessa.

7. L'EREDITÀ DEL SECOLO DELLA DOGMATICA E IL PRINCIPIO DELLA CONDIVISIONE DEI SAPERI QUALE CHIAVE DI RILETTURA DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI

7.1. Ora che da quasi tre lustri è trascorso il secolo della dogmatica penale, il Novecento, possiamo vedere con maggior chiarezza che cosa esso ci lasci in eredità.

Le distinzioni tra diritto positivo e riforme, tra diritto e politica, tra diritto e sociologia, criminologia, filosofia etc. sono acquisizioni del tecnicismo da sempre rivisitate ma anche confermate nel nocciolo duro dell'approccio al diritto positivo codificato.

7.2. Il problema diventa però più complesso con riferimento al rapporto tra quelle discipline e il diritto *in fieri*: sia che si tratti di nuove leggi (tutte le leggi sono costantemente *in fieri*, la stabilità del sistema è un dato contrario all'esperienza), sia che si tratti di nuove interpretazioni di leggi preesistenti. L'estrema mutevolezza del sistema rende sempre meno praticabile la divisione dei poteri classica: tanto che il legislatore delega sempre di più all'interprete e al giudice la soluzione non dei casi ma anche dei problemi (o la loro soluzione provvisoria, che anticipa una riforma). In tale contesto, la classica separazione dei poteri ha conosciuto un'innovazione che oggi si può così meglio definire.

7.3. La legislazione non presenta nessuna superiorità intellettuale. L'esigenza del controllo politico e scientifico sul contenuto delle leggi, in termini di ragionevolezza e conformità a principi e regole sovraordinati (costituzionali, sovranazionali) richiede oggi che si postuli una condivisione, e non una separazione dei saperi di legislatore e interprete (47).

Si può dire che ciò trovi una base costituzionale nell'art. 3 Cost.: trattamento differenziato di situazioni diverse ed esigenza di riordinare la realtà sperequata alla luce dell'eguaglianza sostanziale.

Anche fonti sovranazionali supportano l'esigenza collegata di motivazione della legge, di controllo empirico-valoriale dei suoi contenuti.

7.4. I poteri possono essere divisi, ma i saperi no, perché il legislatore deve costruire le norme secondo progetti che si basano su conoscenze extranormative e normative comuni al contesto di riferimento di chi dovrà verificare e poi applicare la legge: il sapere che si impone con atto autoritativo (*auctoritas, non veritas facit legem*) è oggi sottoposto a controlli, talora preventivi, e comunque successivi, di legittimità anche sul contenuto.

Questo implica una dialogicità continua fra ricerca, legislazione e prassi, resa possibile dalla comunicazione informatica, e impensabile fino a qualche decennio fa.

7.5. Per quanto riguarda la giurisprudenza, anch'essa non presenta nessuna superiorità intellettuale che non le sia conferita dalla persuasività delle soluzioni. Fintanto che non sia vincolante, essa non è una giurisprudenza-fonte, è solo una dottrina che vincola nel caso concreto. E quando vincola, ancor meno può vantare meriti di verità insiti nel potere che esprime. Ciò non esclude che ragioni di garanzia impongano di estendere a una giurisprudenza non vincolante alcune prerogative della legge: per es. la non retroattività *in peius* e la prevedibilità *ex ante*.

Un maggior valore di fonte è presente nelle pronunce che hanno forza vincolante: giurisprudenza UE, Corte Edu e delle Corti superiori là dove operi una qualche forma di *stare decisis*, sia essa presente in un sistema di *common law* o di *civil law*.

L'esplosione del sistema delle fonti, in un ordinamento giuridico reticolare e non solo ancora piramidale, e dunque neo-medievale, e la contestualizzazione di tutti i problemi in ambito ormai europeo e dunque sovranazionale, accentuano l'esigenza di coordinare le pronunce e i testi dei plurimi attori/autori del diritto, modificando non solo oggetto e metodo, ma anche soggetti, scopi e finanziamenti della ricerca.

8. I SOGGETTI

8.1. Occorre distinguere fra il ricercatore e il mero interprete – quello che non deve decidere un caso – dai soggetti che fanno ricerca “nell'ambito” delle decisioni sui casi. Sono due tipi di ricerca diversa, ma entrambi producono diritto o conseguenze sul diritto generale, non solo su quello studiato o su quello particolare di fattispecie concrete.

La *summa divisio* non corrisponde esattamente a, ma approfondisce, quella tradizionale tra articoli e saggi di dottrina e note a sentenza o commentari di giurisprudenza.

Occorre poi anche distinguere tra chi è in carriera accademica e chi risulta un po' più libero da controlli istituzionali.

8.2. Tradizionalmente, si può dire che ci sono stati tre tipi di ricercatori:

a) coloro che pensavano, studiavano e scrivevano solo per la scienza, interessati o meno a influire sui colleghi studiosi;

b) coloro che si interessavano anche alla prassi;

c) coloro che scrivevano soprattutto per la prassi o per i giudici (48).

A tali categorie se ne devono ora aggiungere altre due:

d) coloro che scrivono (anche) per i valutatori della ricerca (per l'ANVUR e i *peer reviewers*). Quest'ultima categoria corrisponde in realtà a coloro che, da sempre, scrivevano “per andare in cattedra”, ma un tempo la loro verifica avveniva nel contesto *sub a)* e *b)*, mentre oggi si tratta di un contesto diverso di controllori, la cui formazione e stabilizzazione, ma anche la cui rilevanza e importanza, appare ancora molto fluida e problematica. È possibile che questo sistema complessivo condizioni anche un conformismo di contenuti, e non solo di stili (49).

e) I magistrati che scrivono di diritto e compiono un'opera di mediazione fra il diritto espresso nelle sentenze e il piano dottrinale, senza avere ambizioni di carriera accademica, e dunque con maggiore libertà rispetto ai controlli ai quali sono esposti i soggetti accademici. Questa categoria potrebbe collocarsi tra le altre *sub a)*, ma soprattutto *sub b)* e *c)*, però presenta un'autonomia sociologica e a tratti metodologica, tale da meritare un'analisi a sé. Sono sempre di più, in effetti, i magistrati che fanno dottrina, sia nelle rispettive sentenze, e sia in opere private di letteratura giuridica. Però quando i loro prodotti hanno un taglio realmente teorico-scientifico (e non più ricognitivo o solo orientato alla prassi), essi sono in qualche misura tenuti a orientarsi ai criteri selettivi della categoria *sub d)*, altrimenti compiono riflessioni critiche, politiche, ovvero destinate prevalentemente alla vita giudiziaria o a “collane” e “riviste” che riflettono questi tratti.

f) Nel campo della didattica post-laurea, poi, alcuni di essi hanno rapidamente guadagnato una vera *leadership* di mercato, mentre nell'insegnamento frontale sono tra i più apprezzati docenti delle Scuole di Specializzazione per le Professioni Legali, oltre che incontrastati preparatori dei

concorsi per la magistratura nelle scuole private.

Tutti questi nuovi fenomeni esigono chiaramente una valutazione che si potrà riflettere sullo statuto della ricerca oggi.

9. SULLA RIDOTTA CENTRALITÀ, MA PERMANENTE VITALITÀ, DELLO STUDIO ACCADEMICO DEL DIRITTO

9.1. Se la dogmatica/dottrina/teoria generale non si fonda solo sull'esegesi e l'esegesi non è sufficiente, ma richiede il richiamo di punti di vista non giuridici, riguarda non solo le regole, ma anche i principi e i valori sovraordinati; se la dogmatica/dottrina/teoria generale la fanno diversi attori, anche giudiziali; se soprattutto quelli sovranazionali emanano pronunce che sono addirittura vincolanti, ne deriva la perdita di centralità scientifica dello studio accademico del diritto.

Infatti, lo studio accademico suppone o suggerisce una rigorosa separazione dei poteri per svolgere una mediazione “scientifica”, generale, “eguale” e disinteressata tra legislazione e diritto giurisprudenziale: poiché gli attori del diritto sono sempre più i giudici, che operano mediando nel conflitto tra parti che costruiscono insieme fatto e diritto, gli studiosi “distaccati” dalle decisioni dei casi sembrano depauperati del punto di vista corretto che pareva quello del sillogismo giudiziale. Per quanto – come abbiamo visto – il sillogismo non sia defunto (*retro*, § 2), certo non basta derivare massime e applicazioni concrete da premesse generali: occorre ricostruire il sistema anche dalle decisioni, dal basso. C'è quindi una ‘nuova’ dogmatica/dottrina/teoria generale che nasce sempre più “consapevolmente” dai casi ed è elaborata dagli stessi soggetti che decidono i casi: non è come la vecchia “topica” che veniva elaborata pur sempre dagli studiosi (50), mentre facevano sistematica o costruivano metateorie.

Sono le alte Corti a ricostruire la topica (gli argomenti atti a risolvere tipologie di casi) e anche la sistematica (l'ordine concettuale e normativo o di principi più generali entro il quale inserire massime e decisioni e da cui poi dedurre nuove soluzioni).

Questa nuova teoria generale di formazione giudiziaria sarà dunque un prodotto diverso da quello conosciuto fino a oggi. La mutata realtà di fonti e attori condiziona o suggerisce un cambiamento nei metodi della stessa ricerca accademica.

9.2. È comunque possibile indicare un compito permanente per la cultura di matrice accademica: solo uno studio scientifico slegato dalla decisione di singoli casi consente di individuare soluzioni davvero di valore e portata generale, di collaudare le soluzioni del caso concreto con quelle “di sistema”.

Questa funzione di garanzia e collaudo critico di sistema è propria del sapere di matrice accademica e non giudiziaria. Così come i metodi che lo connotano, a cominciare da storia, comparazione, ampiezza di orizzonti e tempo nella ricerca, compresa quella in *team*.

10. LA TEORIA GENERALE DI MATRICE TEDESCA E LA LINGUA INGLESE. APPROCCIO COSTITUZIONALISTICO E STRUMENTI PER LA COSTRUZIONE DI UN POLO SCIENTIFICO EUROPEO: UN “TERZO SISTEMA” TRA CIVIL LAW E COMMON LAW

10.1. Oggi che l'oggetto della scienza giuridica diventa di per sé sempre più anche “formalmente” sovranazionale, ci si chiede come si debba formare il penalista: se abbia un senso, una volta che sembri perduto il valore paradigmatico di una *Bildung* classica, indicare un certo percorso ai propri allievi, o lasciare che vengano educati dai colleghi, dai coetanei, dall'esempio, dal così fan tutti.

10.2. La dogmatica di matrice tedesca, che ha costituito per generazioni di penalisti un vero

background, e per molti una *koinè* anche sovranazionale, appare in crisi d'identità – anche se mantiene un valore formativo di primo livello, ad avviso di chi scrive, almeno su certi argomenti – e viene portata avanti più da una nuova forma di “seconda scolastica” di matrice ispano-latinoamericana, che non dagli stessi tedeschi. Forse ormai sappiamo quale sarà il suo destino, che però in parte è anche il destino di quella generazione di studiosi che si sono formati, sia pur criticamente e autonomamente, su quei testi: scomparire con essa o rinnovarsi profondamente.

L'avanzare del dominio linguistico, prima che culturale, anglofono, impone di fatto sempre più di pubblicare (e anzi prima ancora di “pensare”) in lingua inglese i futuri lavori che ambiscono all'internazionalizzazione più ampia, che non è quella dei prodotti *Anvur*, ma quella dello scambio culturale internazionale effettivo.

10.3. Ciò, peraltro, riduce o trasforma l'oggetto delle ricerche: perché quanti sono gli argomenti, gli stili, i prodotti, che davvero interessano in contesto sovranazionale? Se si deve parlare di questioni tradizionali di dogmatica/teoria generale e sistematica comuni a italiani, tedeschi, spagnoli, sudamericani, greci, polacchi, svizzeri, austriaci, giapponesi, e sudcoreani (51), al loro “vecchio” stile di pensiero del Novecento, si può anche pubblicare in tedesco, o spagnolo. Ma ormai quello stile di comunicazione sta perdendo interesse anche all'interno di quelle culture. E del resto a quanti interessano, oramai, tali questioni, oltre quel milieu originario, se non vengono rinnovate? Non è venuto il tempo di ripensare la sistematica e le parti generali su basi nuove, che sappiano trasmettere meglio la realtà attuale, sia pur senza abbandonare il passato e il presente della nostra formazione?

10.4. Se la *koinè*, oggi, sta diventando in Europa il diritto dell'Unione, dei principi, ma anche di regole comuni, e non più la teoria generale del reato del Novecento, occorrerà ricordare che a livello europeo la cultura italiana, in ambito penale sostanziale, è stata la punta avanzata di un approccio costituzionalistico al diritto penale (52), ciò che oggi è metodo comune, *koinè* della cultura giudiziaria europea, anche se sulla base dei principi dei trattati dell'Unione, della Cedu e della Carta europea dei diritti.

Poiché il diritto giurisprudenziale, quello delle grandi Corti, assume a tale riguardo un ruolo trainante, siamo ormai obbligati a una comparazione più accentuata tra il *civil law* e il *common law*(53). Ma non è “con” il *common law* che dovremo fare elettivamente comparazione, quanto “tra” i diversi ordinamenti e dentro a quella terza forma mista tra *common* e *civil law* che è il diritto dell'Unione.

In realtà è in corso di formazione un terzo sistema diverso da quelle matrici originarie.

Di ciò dovrebbe tener conto chi progetta uno spazio giuridico europeo e un nuovo ruolo “post-dogmatico” per il giurista in Europa. Con riferimento al progetto illustrato dal direttore del Max Planck di diritto pubblico di Heidelberg, Armin v. Bogdandy, ricordo quanto commentato da Claudio Luzzati(54): “L'ideale non sempre confessato – ma Bogdandy lo teorizza apertamente – a cui si ispira il giurista continentale è un Savigny che parli inglese, possibilmente con accento americano”.

Senza ripercorrere l'eterno ritorno di nuove colonizzazioni, ciò imporrà di sprovvincializzare la nostra tradizione – esigendo che anche gli altri facciano lo stesso uscendo dal loro storico provincialismo di tedeschi e *common lawyers*(55)– per verificare se davvero quella tradizione abbia la pretesa universale che alcuni (oltralpe) le hanno attribuito (56): sì da poter interessare altri continenti non “colonizzabili”, o se invece sia semplicemente una tradizione anch'essa geograficamente, culturalmente e storicamente condizionata. “*Some basic concepts of the criminal law apply cross-culturally...Other are unique to English or other prominent legal languages*”, scrive George Fletcher(57). L'abbiamo sempre saputo (58). Ma non è male che qualcuno-non qualsiasi ce lo ricordi sempre di nuovo.

La traduzione in inglese è una sfida per tutti, per i tedeschi per primi, se ambiscono a ritenere che i loro prodotti e la loro cultura siano davvero “esportabili” oltre i confini già assicurati dall'internazionalizzazione del loro modello.

La domanda drammatica, però, è un'altra: ci sarà interesse da parte di inglesi, americani, canadesi, australiani etc. per questa cultura “mediata”? O saremo costretti a scrivere solo di certi argomenti e con certi stili di pensiero? A scrivere, ma prima ancora a “pensare”, in inglese “per” gli europei e pochi altri?

La traduzione in linguaggi che non hanno conosciuto la nostra evoluzione e anche la profondità analitica dei suoi tratti può portare a una semplificazione e democratizzazione del linguaggio, a un “*overlapping consensus*” (59) tra sistemi legali differenti, ma certo obbligherà a un livellamento più elementare dei concetti.

10.5. Non c'è bisogno di essere un romantico antilluminista, infatti, come era Johann Georg Hamann, per sapere che «le cose non stanno affatto nel senso che da un lato c'è il pensiero e dall'altro la lingua: la lingua non è un guanto che infiliamo sul nostro pensiero» (60). O per rivalutare la *felix culpa* della Torre di Babele (61). Una cosa è infatti la traduzione, altra cosa scrivere direttamente in una lingua diversa quale veicolo universale (62).

Se il diritto fosse geometria, il problema neppure si porrebbe, ma la differenza tra scienze della cultura o dello spirito, o ermeneutiche, e scienze empiriche, sperimentali e naturali, pone il problema di una permanenza di espressioni proprie dello Stato o della nazione, accanto a una lingua tecnica comune e artificiale di tipo interculturale.

10.6. Quali saranno i rischi di una “perdita d'identità” delle tradizioni nazionali e più in generale di *civil law*? Il comparatista sa quanto siano difficili i trapianti, conosce la delicatezza degli adattamenti, le insidie delle somiglianze e delle differenze apparenti. I linguisti ci ricordano che al medesimo segno possono corrispondere più oggetti designati in ragione della diversa denotazione (identità/significato degli oggetti indicati, delle entità a cui si riferisce, intensione), e diverse connotazioni (informazioni sull'oggetto rappresentato, proprietà/predicati dello stesso, classi di cose cui si “riferisce”, estensione), a parità di oggetti indicati (63); situazione che moltiplica le possibilità di significati in presenza di linguaggi artificiali e normativi e di parole dal significato generale (ancor più se concetti astratti) e non individuale/singolare (nomi propri di persone o cose), la costruzione dei cui oggetti dipende dall'evoluzione normativa di un intero sistema etico-giuridico di riferimento (64). La traduzione o meglio la stessa redazione in inglese di alcuni scritti, anche al di là dei temi di per sé sovranazionali (diritto penale europeo, internazionale etc.), può consentire oggi di allargare l'orizzonte oltre i confini stessi dell'Europa, di ampliare la comparazione e di relativizzare le stesse tradizioni nazionali, ma certo produrrà alcune perdite di significati.

10.7. Ancora una volta, anche a proposito di questo tipo di comparazione risulta avanzato e sorprendente il ruolo della giurisprudenza europea, rispetto alle dottrine nazionali: perché è soprattutto a livello di sentenze dell'UE e della Corte Edu che si assiste a uno scambio interculturale importante – si pensi soltanto ai temi della legalità, della successione di leggi, dell'interpretazione, del *bis in idem*, della “materia penale”, dei beni giuridici di estensione sovranazionale, dei reati transnazionali, delle garanzie processuali in caso di mutamenti delle contestazioni processuali e delle diverse qualificazioni giuridiche dei fatti etc.

Poiché questo lavoro di mediazione avviene nell'interesse europeo, anche se sotto influenze più marcate di alcune culture, dove prevale comunque il *civil law*, è prevedibile che il tasso di immunità da assimilazioni culturali rimanga apprezzabile e si possa confidare, almeno in tempi di pace, in un arricchimento, ma non necessariamente in una reciprocità di interesse.

In definitiva a me pare che non ci dovranno essere importanti perdite di identità e nuove

colonizzazioni se si saprà trovare una identità non occultamente nazionalistica, ma europea, dentro alla quale valorizzare quelle nazionali.

11. QUESITI DI AUTOVALUTAZIONE PER GIOVANI, E MENO GIOVANI, RICERCATORI, TRA SCOPERTE E INVENZIONI

11.1. L'oggetto della ricerca rimane definibile alla luce dei temi classici e di quelli richiesti dagli attori politici: la ricerca di base, fondamentale, e quella applicata, oggetto di finanziamenti pubblici e privati.

Dato che la ricerca di base non è finanziata, la necessità dello studioso consiste al riguardo nel coltivarla all'interno di indagini applicate finanziate, oppure con scarsi e autonomi finanziamenti.

L'originalità scientifica più utile, in campo giuridico, riguarda ben distinti oggetti e obiettivi: la costruzione delle riforme e la messa a disposizione di conoscenze nuove sul piano sia empirico e sia normativo; la soluzione interpretativa nuova e dunque l'argomentazione, cioè il percorso e il metodo, per giungere a risultati di per sé consolidati, oppure alcune soluzioni nuove sul piano dei risultati e non dei percorsi o del metodo. Meno utile appare l'originalità che conduce a soluzioni molto personali del singolo autore, dato che il diritto vive di consenso collettivo, e non di linguaggi personali, salvo che l'autore abbia una forza intellettuale tale da imporre al pubblico un proprio linguaggio sino a farlo diventare comune.

11.2. Un esercizio importante, per i giovani studiosi – ma anche per i meno giovani – pare quello di definire ogni prodotto scientifico in termini di risultato al sapere collettivo attraverso la risposta ad alcune domande: che cosa cambia dopo questo mio studio? Quali acquisizioni apporta al sapere comune? È costruttivo, offre soluzioni originali? O c'è solo una *pars destruens*? È presente una mia tesi? Oppure sto consolidando un paradigma collaudato? La sua forza scientifica consiste nell'argomentazione o piuttosto nel risultato? Ho saputo distinguere tra i fatti e le valutazioni? tra ciò che c'era prima (lo stato dell'arte) del mio lavoro e cosa rimane dopo di esso? Ho citato e considerato davvero gli autori più importanti sul tema? Ho dimenticato di considerare le tesi a me più avverse? Sono stato intellettualmente onesto con i miei avversari scientifici? Ne ho esposto correttamente le tesi (in modo da renderle più intelligenti persino, e non più stupide o insufficienti, di quello che sono)? Ho omesso di affrontare gli argomenti davvero ostici e più insidiosi? Ho citato soprattutto gli amici e i compagni di scuola, di scambi scientifici (citazioni di scambio) o di merende? Ho citato per snobismo solo gli stranieri, dimenticando i nazionali? Ho svolto verifiche storiche e comparate? Sono sicuro che la tesi sostenuta sia solo mia? Mi sono sforzato di rendere davvero chiaro il mio pensiero, o piuttosto di apparire originale anche se non lo sono?

Più in generale lo studioso potrà esercitarsi anche nella presentazione della propria attività scientifica chiarendo a se stesso e sottoponendo alla valutazione altrui i risultati: quali sono i risultati dei miei studi? Che cosa è cambiato per effetto della loro pubblicazione? Ho fatto scoperte o invenzioni? (65) O solo interpretazione? O solo esegesi? La mia interpretazione è collaudata anche sul piano della teoria generale e della dogmatica di settore? Oppure offre addirittura un contributo a quest'ultima? Ho contribuito alla didattica penalistica? Se si dovesse scrivere un paragrafo di un manuale (di parte generale o speciale) sul tema, ci sarebbe spazio per descrivere in poche righe il risultato del mio contributo? E quale sarebbe?

11.3. Una sorta di “scheda di autovalutazione” potrebbe essere allegata ai prodotti scientifici che si inseriscono nelle banche dati relative ai prodotti della ricerca: costituendo non una pomposa enfaticizzazione dell'ego accademico, ma il modo per spiegare il perché abbia avuto senso pubblicare l'opera, anziché tenerla più modestamente nel cassetto delle ricerche soltanto iniziate, tentate o inconcluse (66).

Il ruolo dei maestri, a tale riguardo, dovrebbe essere quello di fare pubblicare (un po') di meno (o contributi più sintetici e meditati), e non “di più” rispetto a quanto oggi avviene: è evidente, infatti,

che esiste oggi troppa letteratura, che appesantisce e ammorba il lavoro di chi studia, con quantità di letture defatiganti e non sempre utili. A volte solo la prospettiva della carriera induce a redigere prodotti scientifici importanti che altrimenti non avrebbero mai visto la luce, ma scrivere per la carriera o per vedersi letti e citati non è necessariamente una virtù e tanto meno l'origine di risultati divertenti e appaganti.

12. LA RICERCA DI GRUPPO COME ÀNCORA DI SALVEZZA DEL METODO COMPARATO E “INTEGRATO” IN SENSO EMPIRICO

12.1. Ci sono alcune criticità nel metodo accademico, che discendono dalla sua estrema complessità, oggi accentuata dall'evoluzione del sistema.

Sembrava che storia e comparazione fossero le componenti più sicure del sapere scientifico, insieme alla “integrazione” epistemologica con le altre conoscenze empiriche (sociologia, criminologia, conoscenze di settore, giuridiche e non). Una trama complessa di competenze, in effetti, da sempre apparsa molto ambiziosa e anche difficile, ma inevitabile.

La semplificazione del modello non risulta oggi per nulla assicurata dalla dimensione europea del diritto, cioè dell'oggetto di conoscenza delle regole ordinarie e di quelle sovraordinate. Si tratta, infatti, di una “unificazione” che allo stato è del tutto apparente: perché la dimensione “multilivello” di regole e fonti non elimina il livello nazionale, né varie volte quello internazionale extraeuropeo come possibili o inevitabili punti di riferimento, ai quali il livello europeo si aggiunge.

Non solo. La necessità di riferirsi a materiali normativi costituiti sia da testi legislativi (le ‘disposizioni’) e sia giurisprudenziali (le ‘norme’, il diritto giurisprudenziale *in action*) accentua la complessità di una moltiplicazione di formanti.

Un'accresciuta difficoltà, dunque, dentro alla quale convivono il vecchio tecnicismo, la più recente dimensione costituzionale, l'internazionalizzazione di principi e regole, la comparazione e la storia, oltre alle scienze empiriche di riferimento.

Bisogna riconoscere che siamo in presenza di pretese metodologiche di regola troppo esigenti per un giurista normale, per un puro studioso, non solo per chi operi nella prassi (67). Una prassi non a caso di norma assai deludente rispetto a questi standard massimalisti.

12.2. La soluzione più naturale alla complessità del metodo è offerta dalle ricerche in *équipe*(68).

L'esigenza di reperire finanziamenti è stata da decenni lo stimolo per ricerche di gruppo. Prima nazionali o locali e ora europee. Va riconosciuto che spesso i risultati di tali ricerche non sono stati diversi da quelli di collettanee di ricerche individuali su temi comuni e coordinati, come spesso sono gli atti dei convegni.

La differenza è che gli atti dei convegni sono autofinanziati, mentre le ricerche in *équipe* attraggono fondi esterni e consentono di coinvolgere studiosi di diversi Stati, oltre che competenze diversissime: ma se i risultati dovessero essere simili – affido a più persone competenti un compito da redigere entro un certo termine su un argomento ripartito per sottotematiche – non avrebbe senso fare ricerche molto dispendiose, perché basterebbe organizzare meno costosi convegni (69).

Il senso, invece, è dato dal fatto che proprio alcuni oggetti e metodi di indagini sarebbero impossibili da perseguire e praticare nel quadro di un'attività convegnistica.

Tali ricerche, del resto, possono essere (e devono essere) veramente coordinate verso tematiche e risultati impensabili da parte di studi individuali: specialmente in caso di pluralità e ampiezza di comparazione, raccolta di dati empirici, competenze interdisciplinari, esse sono l'unico strumento

davvero disponibile. Anche l'esistenza di un dibattito diffuso su alcuni temi scottanti di rilevanza giurisprudenziale, costituisce oggi un esempio virtuoso della ricerche collettive di cui abbiamo parlato (70).

12.3. Tali ricerche offrono anche la soluzione alla “complessità del metodo” sopra evidenziata, assicurando una naturale (anche se non l'unica) capacità di differenziazione della cultura accademica rispetto a indagini di altri soggetti.

Il loro oggetto naturale non è peraltro costituito dalla ricerca fondamentale, salvo che si tratti di analisi complessive, insieme storiche, comparate, teoriche, sociologiche, politiche etc., e del resto nella valutazione dei prodotti della ricerca esse non compaiono o non hanno grande rilevanza, salvo che per i singoli contributi individuali, autonomamente considerati.

12.4. In caso di analisi teorico-concettuali in senso stretto, del resto, lo studio individuale rimane la via privilegiata della ricerca di base sui grandi temi, cioè la ricerca destinata a quelle che abbiamo definito “scoperte” di tipo teorico-concettuale (categorie obiettivamente esistenti, istituti, logiche di sistema), per differenziarla dalle “invenzioni” (categorie operativo-funzionali), dalle interpretazioni, dalle tecniche applicative, e dalle analisi comparate, legislative, empiriche etc. Queste analisi, anche se inserite dentro a una investigazione collettiva, restano individuali, dovendo poi attendere la verifica di molte altre che seguiranno.

Infatti, anche le scoperte, i grandi temi e le categorie della parte generale, per es., hanno poi bisogno di un collaudo da parte della ragione pubblica, diventando patrimonio collettivo e oggetto di acquisizione collettiva prima di poter essere recepite (71).

12.5. Nondimeno, le acquisizioni empiriche, le nuove conoscenze prodotte di un'analisi veramente in *team* possono essere molto rilevanti, per es. in materia di studi statistici, sociologici, applicativi, sul funzionamento di un sistema o di istituti giuridici. Sono le ricerche spesso più concrete e utili in termini di diffusione di nuovi dati di conoscenza, soprattutto per prospettive *de lege ferenda*, anche se non necessariamente nella valenza prescrittiva, normativa o “dogmatica” *de lege lata*.

A tale riguardo, proprio la razionalità della politica nazionale, che è la più sofferente e deficitaria, dovrebbe giovare maggiormente di questo tipo di indagini, ma ciò richiederebbe non solo la chiamata personale di tecnici fidati del Ministero di turno, scelti talora per le più curiose strade di cooptazione, ma il recupero di finanziamenti nazionali, e di referaggi affidabili.

Le ricerche europee o quelle locali, invece, per quanto appetibili in termini economici, rischiano di condizionare molto i campi di materia, e sono chiaramente eterodirette, espressione di “politiche della ricerca” alle quali lo studioso si adatta pragmaticamente, facendo di necessità virtù. Esse appartengono sicuramente alla “condizione materiale” della ricerca, ma non sempre e necessariamente esprimono compiutamente la sua “condizione spirituale”. Molto adatte a chi si occupa di alcuni settori, possono esserlo assai meno per le tematiche di rilevanza nazionale: un Governo che non si occupi della ricerca giuridica su tematiche nazionali, per finanziarla, decide – ben che vada – di servirsi di giuristi a costo zero, nelle varie commissioni, per finalità di maggiore utilità pratica, e forse perché non crede veramente nella libera ricerca in questo ambito, ma solo nell'utilizzo immediato di ricercatori “con vincolo di mandato”, già paghi dell'onore di essere chiamati al servizio gratuito.

13. LA RICERCA APPLICATA ALLA DIDATTICA, TRA ARISTOCRAZIA E DEMOCRAZIA PENALE

13.1. Nei tempi più recenti si assiste a un fenomeno nuovo nella manualistica penale di parte generale: le generazioni ormai di mezzo (non più “nuove”) hanno prodotto vari manuali di grande interesse. Tuttavia non hanno ancora trovato un modello ‘nuovo’ di manuale, né troppo semplice (manuale “da triennio”), né troppo complesso (manuale colto “alla tedesca”), e prosperano

largamente opere scritte da autori molto più maturi. Il laboratorio casistico della più recente giurisprudenza stenta in quei manuali a trovare ingresso e rielaborazione teorica. Nel postlaurea dominano l'editoria opere scritte da magistrati, aggiornatissimi centoni di sentenze, mentre rispetto a questi destinatari avanzati, e agli stessi professionisti, la cultura accademica è piuttosto silente: o troppo specialistica o troppo semplificata, spesso priva di materiali di discussione tratti dalla prassi e aggiornati (72). Proprio la ricerca "applicata alla didattica" conosce al riguardo nuovi metodi e tecnologie nel laboratorio delle lezioni, o nell'officina di alcuni editori maggiori, ma ancora non si è tradotta in opere che sappiano riflettere la complessità delle acquisizioni scientifiche e prasseologiche degli ultimi vent'anni. La difficoltà è oggettiva: c'è una complessità, accentuata dalla specializzazione, che non è agevole elaborare in scritti didattici sia aggiornati, sia davvero teorico-pratici, ma anche europeisti, comparati, e per di più sufficientemente abordabili da studenti della magistrale, da un lato, e/o da laureati in formazione per i concorsi postlaurea dall'altro. Un eccesso di aspettative che travalica le forze di un singolo redattore, ma se manca la sua attuazione, ciò toglie all'opera la possibilità di restituire al lettore la ricchezza del reale. Ci si domanda se scienza e manualistica siano generi letterari differenti. Molto spesso è così, anche se nella tradizione penalistica esistono da sempre manuali "scientifici", dove è dato ritrovare analisi e sistematizzazioni nuove, talora mai affrontate dagli autori o da altri in scritti di ricerca.

Questo discorso, peraltro, ci porterebbe lontano. La semplificazione del sapere è condizione della sua trasmissione su larga scala, dove la perdita sicura in *appeal* e spessore "scientifico" trova una compensazione larga e positiva nell'acquisizione di un linguaggio adatto alla demo crazia, e non già all'aristocrazia penale (73). È sempre un'opera di traduzione che si rende necessaria: inventare un linguaggio nuovo. E a questo linguaggio non si addice più lo stile di pensiero della vecchia dogmatica sistematizzante, che non va messo nel magazzino dei ferri vecchi, ma deve rimanere "sotto traccia", come verità non esoterica, ma più sotterranea – nel pluralismo delle lingue che arricchisce e non contamina il diritto – di quel sapere scientifico che anche nelle discipline naturali ben sa che non solo le cose non sono come appaiono (74), ma che per essere trasmesse in vista di future "decisioni", e non di mere conoscenze, hanno bisogno di invenzioni tecniche orientate alla mediazione e alla ragion pratica (75), più che alla autoanalisi metodologica (76). Ciò non significa che il genio dell'invenzione non possa ovviamente esprimersi anche qui.

Note:

(1) Al Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, che contiene tuttora la migliore biblioteca penalistica del mondo, dove allora si doveva parlare preferibilmente in tedesco; ora si può anche parlare inglese.

(2) Sul "prestigio" quale causa della circolazione dei modelli, in diritto comparato, v. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Giappichelli, 2000, p. 43 ss.

(3) Questo vincolo normativo è profondamente ideologico in senso marxiano. È espressione del puro dominio di un rapporto di forza politico-economico sul diritto, che deve restare servente e subordinato ai rapporti di forza già consolidati nel diktat della legge. In tal senso la legge e la magistratura sono "ideologiche", costituendo una sovrastruttura. Essa è però profondamente ristrutturata dall'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, alla quale appartiene anche una verifica di ragionevolezza empirica (giudizio di fatto) rispetto a elementi di conoscenza pregiuridica che condizionano la razionalità delle scelte legislative. Sui "vincoli di realtà" nel discorso del giurista, da premesse non giusnaturalistiche, v. Pulitanò, *Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, p. 795 ss.

(4) Sia consentito il rinvio a Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi, 2014.

(5) Per questa prospettiva cfr. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 maggio 2015; Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 1162 ss. V. più in generale, anche per i necessari richiami, Mannozi - Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, 2015; A. Ceretti, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in Studi Pisapia, vol. III, Giuffrè, 2000, p. 713 ss.; Id., *Mediazione: una ricognizione filosofica*, in Picotti, a cura di, *La mediazione nel sistema penale minorile*, Cedam, 1998, p. 19 ss.; Id., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in Studi Marinucci, vol. II, Giuffrè, 2006, p. 1129 ss.; Mazzucato, *Mediazione e*

giustizia riparativa in ambito penale. Fondamenti teorici, implicazioni politico-criminali e profili giuridici, in Così, G., Foddai, M.A. (cur.), *Lo spazio della mediazione. Conflitto di diritti e confronto di interessi*, Giuffrè, 2003, p. 151 ss.; Venturoli, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Jovene, 2015.

(6) Pulitanò, *Sul libro di un incontro fra vittime e responsabili della lotta armata*, in www.penalecontemporaneo.it, 2016, p. 14 (recensione a Bertagna, Ceretti, Mazzucato, a cura di, *Il libro dell'incontro*, Il Saggiatore, 2015), ci obietta che l'idea del valore costitutivo e centrale della riparazione per la risposta punitiva rischierebbe di depotenziare il valore del precetto penale (si dovrebbe riservare alla giustizia riparativa quindi solo il tradizionale strumentario succedaneo, secondario, ancillare, eventuale, "circostanziale"?). In questa obiezione c'è l'essenza del retribuzionismo giuridico di matrice hegeliana: dal reato non si torna indietro se non con la sanzione (atto giuridico) o la grazia (atto politico)! Eppure Pulitanò è molto vicino al suo superamento. Gli manca solo un passo. Ma forse il terrorismo è un tema troppo ingombrante. In ogni caso la spontaneità del perdono (come atto non giuridico) deve pur trovare espressione normativa e così pure gli atti esterni di riparazione che prescindono dall'inammissibile sindacato su un vero perdono. Il delitto riparato (il delitto non paga, almeno riparazioni e risarcimenti prima di riduzioni di pena!) esprime un percorso di revisione critica verso il precetto, lo riafferma e non lo nega, anche se riduce la sanzione: se lo Stato promette una scala sanzionatoria autonoma e diversa per il delitto riparato, lo fa per conferire un segno + alla risposta, anziché replicare il raddoppio del male solo punitivo.

(7) Così Corbellini, *Scienza, quindi democrazia*, Einaudi, 2011, p. 76.

(8) Per riprendere il titolo ma anche il contenuto di un interessante scritto di Jareborg, *Legal Dogmatics and the Concept of Science*, in *Fest. Frisch, Duncker & Humblot*, 2013, p. 49 ss.

(9) Per un aggiornamento della tematica v. il nostro Donini, *Scienza penale integrale: il rapporto con le altre scienze*, cap. III di Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011.

(10) Emblematicamente, Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012; Sicurella, *Diritto penale e competenze dell'Unione Europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali*, Giuffrè, 2005; Sotis, *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Aracne, 2012; Mir Puig, Corcoy Bidasolo (dirs.), Gómez Martín (coord.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Marcial Pons, 2012; Bernardi (cur.), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015; Vogliotti, voce *Legalità*, in *Enc. dir., Annali VII*, Giuffrè, 2015, p. 371 ss.

(11) È la ricostruzione che ho a suo tempo proposto in Donini, *Un nuovo Medioevo penale? "Vecchio" e "nuovo" nell'espansione del diritto penale economico*, in questa rivista, 2003, p. 1808 ss.

(12) Cfr. M. Donini, "Interpretazione delle leggi" (Dei delitti e delle pene (1764), § 4), in *Diritto penale XXI secolo*, 2014, p. 245 ss.

(13) Le micro-analogie da casi a casi sono inevitabili e quando si consolidano non sono neppure imprevedibili se viste a partire dallo stadio immediatamente precedente dell'evoluzione normativa di un testo. Di fatto sono oggi ampiamente tollerate come processo di evoluzione necessaria di un sistema dove il legislatore scelga di non intervenire, o dove una disposizione viva per decenni e si evolva necessariamente attraverso i casi che succedono nel tempo, nella società e nella storia e che, per quanto non prefigurabili ex ante agli occhi del legislatore, rientrano pur sempre nel possibile significato (letterale e semantico, ma anche politico-criminale) del testo di legge. Attraverso le micro-analogie da casi a casi si può peraltro sviluppare un diverso significato generale della disposizione, il cui tenore letterale appare di fatto superato e meritevole o bisognoso di una riforma più adatta alla concretizzazione normativa della *law in action*.

(14) Oltre a McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 19 ss., 100 ss.; Wróblewski, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in Comanducci, Guastini (cur.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, 1987, p. 277 ss.; Id., *The Judicial Application of Law*, Kluwer, 1992, spec. p. 229 ss.; v. gli altri AA. cit. in Donini, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, cap. II, spec. 72 ss., e nota 15, sul frettoloso abbandono del sillogismo giudiziale. Contra, per es. Di Giovine,

L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge, Giuffrè, 2006, p. 6 ss., passim; Iacoviello, La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione, Giuffrè, 2013, p. 38 ss.; Carlizzi, Una teoria ermeneutica del diritto, in Omaggio, Carlizzi, Ermeneutica e interpretazione giuridica, Giappichelli, 2010, p. 100 ss.; e già, tra i penalisti, Hassemer, Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik (Heymanns, 1968), tr. it. Fattispecie e tipo, ESI, 2007, p. 73 ss., 98 ss., 163 ss. e spec. 166-177 (sulla spirale), 180-187 (sul tipo). Nondimeno, sempre all'interno del medesimo circolo culturale critico, cfr. i ben attenti distinguo tra i limiti e l'abbandono del sillogismo giudiziale tradizionale, in Arth. Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse, Beck, 1999, p. 29 ss., 67 ss., spec. 68, e già le opere di Karl Engisch ivi cit.

(15) *Amplius Op. cit.*, nota 12.

(16) I penalisti tedeschi (anche quelli che non hanno mai fatto dogmatica comparata) ne hanno discusso ampiamente dalla fine del Novecento in prospettiva di europeizzazione. V. vari richiami nel recente studio di Militello, L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 106 ss. Concreto e innovatore ci pare in questo senso il progetto del prof. A. von Bogdandy, Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea. Una riflessione sulla base del caso tedesco, in Foro it., 2012, V, c. 54 ss.; Id., Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo, in Dir. Un. Eur., 2012, p. 225 ss., ancorato a modelli di ricerca europea espressione dell'art. 179 TFUE. V. *amplius infra*, § 10.

(17) *Metafisica*, XIII (M), IV, 17-18.

(18) Sull'esigenza che anche il diritto penale complementare, anche le contravvenzioni, siano fatte oggetto di analisi scientifica e come tale capace di contribuire a un discorso più "generale" sulla conoscenza del diritto penale, cfr. Donini, Selettività e paradigmi della teoria del reato, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1997, p. 338 ss., 382 ss.; Id., La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice, in Ind. pen., 2000, p. 657 ss.

(19) *Amplius Donini, Scienza penale e potere politico*, cit., p. 82 s.

(20) Sul tema delle "costanti" di pensiero nella scienza penale, Nuvolone, Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale (1949), in Id., Trent'anni di diritto e procedura penale, vol. I, Cedam, 1969, p. 166 ss. Sulla prospettiva di una scienza universale, che miri alla scoperta e/o alla costruzione di un diritto o di categorie e soluzioni giuridiche comuni, o di costanti, cfr. Hirsch, Necessità, approcci e limiti di una scienza penale universale, in Studi Marinucci, vol. I, Giuffrè, 2006, p. 387 ss.; Frisch, Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts, in Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, Mohr, 2010, p. 169 ss., 172 ss.; Sieber, Grenzen des Strafrechts, in ZStW, 119, 2007, p. 1 ss., spec. 51 s. V. pure Dell'Andro, Il dibattito delle scuole penalistiche, in Arch. pen., 1958, p. 173 ss., spec. 196 s., 202; Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre, in Jur. Schulung, 1966, p. 421 ss.; Id., Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, in Erinnerungsgabe f. Max Grünhut, Elwert Verlag, 1965, p. 173 ss., 188 ss.; Id., Die Dogmatik im Strafrecht, in Fest. Maurach, Müller, 1972, p. 3 ss.; e prima ancora F. von Liszt, Zur Einführung, in Id. (Hrsg.) Das Strafrecht der Staaten Europas, Liebmann, 1894, XXIV s.). Nella pur distinta prospettiva della mondializzazione di un intervento penale portatore di valori etici sovranazionali, v. anche Delmas-Marty, Il diritto penale come etica della mondializzazione, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, p. 3 ss., e pure Mir Puig, Grenzen des Normativismus im Strafrecht, in B. Schünemann-Symposium zum 60. Geburtstag, C. Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2005, p. 77 ss.

(21) Per una illustrazione più in dettaglio v. ancora il nostro *Scienza penale e potere politico*, cit., p. 106 ss.

(22) Feyerabend, *Against Method. Outline of an anarchistic Theory of Knowledge* (1975), tr. it., *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Feltrinelli, 1997, p. 15 ss. e 148 ss. sull'analisi critica delle tesi di I. Lakatos.

(23) P.K. Feyerabend, *Against Method*, tr. it. cit., p. 25.

(24) I. Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes. Philosophical Papers Volume I and II* (1978), tr. it. *La metodologia dei programmi di ricerca scientifica*, EST, 2001, p. 135 ss. Lakatos, Feyerabend, *Sull'orlo della scienza. Pro e contro il metodo*, R. Cortina, 1995, p. 137 ss., 161 ss.

(25) Per una introduzione sistematica e aggiornata, in contesto spagnolo con influenze tedesche, cfr. Latorre, *Bases metodológicas de la investigación jurídica*, Tirant lo blanch, 2012. V. pure Terradillos Basoco, *La investigación en el Derecho penal*, ed. Pontificia Univ. Católica del Perú, Lima, 2014.

(26) Art. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, estratto dalla “*Rivista di diritto e procedura penale*”, anno I, fasc. X, 1910, Vallardi, 1910. Per una rilettura aggiornata di questo classico v. Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'uropeismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2010, p. 127 ss.; in prospettiva più storica, S. Seminara, *Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana nella prima metà del XX secolo*, in *Studi M. Romano*, vol. I, 2011, p. 575 ss., e più in generale i contributi apparsi nello stesso numero di *Criminalia*, 2010 sul tema, nonché in lingua tedesca la collettanea T. Vormbaum (Hrsg.), *Arturo Rocco und der Rechtstechnizismus im italienischen Strafrecht*, Lit, 2013.

(27) V. solo Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Beck, 1953, tr. it., *Topica e giurisprudenza*, Giuffrè, 1962. Che il “*Systemdenken*” sia solo una componente del pensiero e dello ‘stile’ giuridico, accanto al “*Problemdenken*”, costituisce una delle acquisizioni storiche più solide (v. il procedere tipico della giurisprudenza romana, di quella medioevale e di quella anglosassone). Oggi però non siamo più certi che anche una nuova codificazione penale produrrebbe in modo stabile un rinnovato concettualismo. Basti osservare quanto è accaduto dopo il codice di procedura penale del 1988. Una limpida introduzione al tema nella classica voce di Gavazzi, voce *Topica giuridica*, in *Nss. d.I.*, vol. XIX, 1973, p. 409 ss.

(28) Si è potuto addirittura pensare che si tratti di due ben diversi tipi di “ethos” (stile comportamentale, attitudine di ricerca e mentale, mestiere) del giurista, dopo quello romano, quello europeo-continentale e quello anglo-americano: così per es. Böckenförde, *Vom Ethos der Juristen*, Duncker & Humblot, 2010, p. 12 ss., 18-33.

(29) Encomiabile il tentativo di rendere etico, e metodologicamente affidabile quel sistema, nelle riflessioni di V. Militello, *La valutazione della ricerca in area giuridica: l'approccio del gruppo di ricerca ANVUR ed un inventario dei problemi*, dattiloscritto presentato al Seminario 2015 dell'Ass. F. Bricola. Ma siamo ancora lontani da quegli obiettivi. Tutti un po' selezioniamo i prodotti altrui. E magari senza leggerli davvero bene (chi può verificarlo?). Il sistema Anvur della VQR presenta profili così imperscrutabili e diversificati di valutazione – manca un controllo e dunque la base empirica minimale della dignità scientifica nel mentre si valuta la scienza – che a stento sarebbe possibile un'analisi comparata di quelle valutazioni. La scienza, comunque, non ammette segretezze. È pubblico dibattito. Se non è pubblico, non è un'operazione essa stessa “scientifica”, ma operazione convenzionale di politica valutativa della distribuzione e scelta dei lavori, a scopi di prestigio editoriale-concorsuale o di ripartizione di risorse, e affidata a gestioni “fiduciarie”. Solo il fatto che si sia tutti autori e destinatari (qualche volta vittime) di quel meccanismo dovrebbe assicurarne una virtuosa gestione. Ma solo la lettura pubblica dei giudizi potrebbe davvero consentirci di saggiare quanto sia affidabile o meno il meccanismo segreto della sua valutazione. Ecco perché chi si sente ingiustamente trattato dovrebbe pubblicare i risultati, affinché siano valutati dalla comunità scientifica. Ecco perché quei risultati dovrebbero essere tutti pubblici. Ma quanta discrezionalità è insita in quei giudizi? Non è vero che mutando reviewer cambierà il punteggio? Come per la pena, se si è giudicati da altro Tribunale o collegio?

(30) È quanto statuiscono diverse sentenze del Tar Lazio, che hanno annullato decisioni nel settore Ius17 dove l'esclusione di alcuni candidati si riferiva alla ritenuta assenza di tre lavori (una monografia e due articoli almeno) di carattere almeno buono o eccellente.

(31) Un discorso approfondito meriterebbe la valutazione concorsuale della ricerca: la questione riguarda molti settori disciplinari, non solo giuridici. Il pressapochismo nei giudizi, l'erroneità degli stessi, la sicumera nel censurare alcuni prodotti come compilativi, e altri, invece, del tutto analoghi, ma di altri autori chissà perché preferiti, come buoni studi; il travisamento delle tesi, l'omessa valutazione dei curricula, l'equiparazione di studiosi privi di inserimento universitario ad altri che sono elementi importanti di una disciplina in un dipartimento, la pesantezza di alcuni giudizi, superflua e scarsamente giustificata dalle finalità del giudizio o dall'autorevolezza dei valutatori. A tutto questo si è assistito e si assiste, come pure al perdurare di logiche di scuola, al privilegio che di fatto sembrano godere gli allievi di alcuni ritenuti capiscuola (a prescindere dai prodotti delle ricerche individuali), oppure alla scelta (di fatto?) di abilitare solo un certo numero

(clausus?) di candidati in una tornata, con inevitabile necessità di escludere chi superava quello sbarramento numerico di self-restraint sovralegale, compensata dalla evidente e ingiustificabile disparità di più larghi criteri nelle tornate successive. Molti giovani studiosi, in vari settori disciplinari, si sono visti maltrattati pubblicamente, nella pubblicazione dei giudizi, senza alcuna necessità, oltre che varie volte anche senza fondamento, con conseguenze serie in termini di autostima, di motivazione alla ricerca, di riconoscimento all'interno della disciplina. Anche in questo caso appare evidente la necessità di “formare i valutatori”, che non sono tali solo per avere superato le “mediane” del settore. Esistono, in vari sistemi, codici deontologici per revisori (ethical guidance for peer reviewers), ma dovrebbero essere introdotti anche per i commissari concorsuali.

(32) Così anche chi scrive nella voce Teoria del reato, in Dig. d. pen., vol. XIV, Utet, 1999, p. 236 s., muovendo dal postulato che una scienza (solo) nazionale sia una contraddizione in termini. V. ora, in modo del tutto convergente, V. Militello, L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello, cit., p. 112 ss., 130 s.

(33) Sulle tesi di Trento (1987), v. Sacco, Gambaro, Monateri, voce Comparazione giuridica, in Dig. d. priv. - sez. civ., vol. III, 1988, p. 48 ss.; R. Sacco, Introduzione al diritto comparato, Utet, 1992, rist. 1997, p. 5 ss.; Gambaro, The Trento Thesis, in Global Jurist Frontiers, vol. IV, 2004, p. 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., 188 ss. (§ 6.8).

(34) V. ancora M. Donini, Il volto attuale, cit., p. 188 ss.; Id., voce Teoria del reato, in Dig. d. pen., vol. XIV, 1999, p. 236 s. Il richiamo a una forma di “applicatio” nella comparazione si spiega in termini gadameriani di un'ermeneutica che mira sempre all'uso pratico, a uno scopo applicativo, non conoscitivo “puro”. Sul punto cfr. il nostro Scienza penale e potere politico, cit., p. 99, e note 67-68.

(35) Alcuni esempi. Si consideri per es. l'analisi comparata di Dolcini, Paliero, Il carcere ha alternative?, Giuffrè, 1985. Qui il momento conoscitivo-descrittivo pare prevalente nel primo capitolo comparato-europeo, ma non è mai “puro”: accanto alla descrizione, che è ricostruzione critica, si collocano ‘successive’ costruzioni di modellistiche e un finale confronto comparato nazionale in funzione prescrittiva; invece, paradigmaticamente orientato alla conoscenza di un sistema straniero, Mannozi, Razionalità e “giustizia” nella commisurazione della pena. Il Just Desert Model e la riforma del Sentencing nordamericano, Cedam, 1996. All'opposto, per es., la comparazione più “funzionalista” in vista della applicatio nel libro di Cadoppi sul precedente (comparazione per innesto culturale): Cadoppi, Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità, Giappichelli, 1999. V. analogamente (da opposte opzioni teoriche) i due studi di Curi e di Canestrari nelle parti riguardanti il modello angloamericano della recklessness: Curi, Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato, Giuffrè, 2003; Canestrari, Dolo eventuale e colpa cosciente, Giuffrè, 1999. Più ampi nella comparazione, ma sempre in un quadro prettamente teorico tra comparazione conoscitiva e dogmatica comparata, secondo un diverso mélange nell'impiego di letteratura straniera, i libri sulla colpa di Forti, Colpa ed evento nel diritto penale, Giuffrè, 1990; Castronuovo, La colpa penale, Giuffrè, 2009), o quello di De Simone, Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici, ETS, 2012, con una espressa parte rilevante di “storia della dogmatica” sulla responsabilità degli enti. Più estesi in senso anche diacronico (storia del diritto) e non solo sincronico (comparazione orizzontale) i libri di Melchionda, Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica, Cedam, 2000; Demuro, Il dolo. I, Svolgimento storico del concetto, Giuffrè, 2007; Id., Il dolo. II. L'accertamento, Giuffrè, 2010 (storia e comparazione) e di Seminara, Il delitto tentato, Giuffrè, 2012. Quante diverse modalità di “fare comparazione”, di utilizzare il materiale straniero tra profili conoscitivo-descrittivi e profili valutativo-prescrittivi! Più in generale i lavori che hanno privilegiato la “comparazione” con la dottrina (più che la legislazione) di lingua tedesca, non sono lavori di vera “comparazione”, ma di dogmatica internazionale (relativa a un determinato, oggi un po' più provincializzato, milieu culturale di civil law). Diverso è il discorso quando il raffronto si allarga a diversi sistemi culturali. Diversi ancora, per larghezza di vedute, gli studi di comparazione anche legislativa e di sistema (scienza della legislazione): in tal caso è più pratico e agevole che si tratti di lavori in team: cfr. per es. Donini, a cura di, La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato, Cedam,

2000; Foffani, Doval Pais, Castronuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2014. Sono solo esempi. Ma dovrebbero bastare.

(36) Sulle diverse epistemologie giuridiche penali contemporanee cfr. Donini, *Scienza penale e potere politico*, cit.

(37) Ricordo il classico modello di vari studi contenenti parti cospicue di diritto straniero che precede la comparazione o la disamina del sistema nazionale (per es. Bertolino, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, 1990; Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1987; Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001); e viceversa amplissime ricerche di diritto e dogmatica comparati soprattutto con la letteratura tedesca, seguite da una verifica di diritto straniero ad ampio raggio internazionale (p. 1057-1240), in Cadoppi, *Il reato omissivo proprio*, 2 voll., Cedam, 1988.

Ancora: una comparazione descrittivo-conoscitiva, la più calata nei contesti di origine, molto attenta alla parte descrittiva, e tuttavia sin da subito profondamente critica nella ricostruzione, si può rinvenire nelle opere, paradigmatiche sotto questo profilo, di Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, 2001 (raffronto col sistema tedesco); Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*. Giappichelli, (raffronto con vari sistemi giuridici europei e latinoamericani). Per l'utilizzo sicuramente descrittivo di modelli legislativi o teorici stranieri, ma anche molto orientato al discorso applicativo nazionale, si cfr., volendo, anche i nostri *Il delitto contravvenzionale*.

'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra, Giuffrè, 1993; Id., *Modelli di illecito penale minore*, Contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica, in Donini, Castronuovo, a cura di, in *La riforma dei delitti contro la salute pubblica. Sicurezza del prodotto, sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare*, Cedam, 2007, p. 201-332.

(38) Per due diversi esempi monografici di comparazione europeista trasversale, di parte generale e di parte speciale, rispettivamente, ricordo fra gli altri Valentini, *Diritto penale intertemporale*.

Logiche continentali ed ermeneutica europea, Giuffrè, 2012; E. Fronza, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, 2012. V. pure le opere di Manes, Sicurella, Bernardi, Sotis cit. retro a nota 10.

Ancora più paradigmatici e certo non meno influenti della dottrina, appaiono oggi la comparazione europea e gli scambi interculturali a livello giudiziario. Sull'importanza dell'internazionalizzazione del metodo della scienza in prospettiva di armonizzazione europea v. ancora V. Militello, *L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello*, cit., p. 117 ss.

(39) Sul pluralismo dei modelli di ricerca, e "un sistema pluralistico di autorità" v. ancora I. Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes*, tr. it. cit., p. 135 ss., 166.

(40) Cfr. gli scritti di Donini e Seminara cit. a nota 26. Ciò viene dimenticato da chi, estremizzando polemicamente i tratti storici del tecnicismo giuridico, ne riporta l'imprinting alle sue fonti "teoriche" (Rocco, Manzini etc.). Fatto comprensibile, peraltro, nelle polemiche del costituzionalismo penale degli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso.

(41) Art. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Bocca, 1913.

(42) Sono schematizzazioni idealtipiche quelle qui prospettate. Estremizzano caratteri propri di quelle concezioni del metodo.

(43) *Amplius* Donini, *Tecnicismo giuridico*, cit.

(44) Per una forte tematizzazione del "vittimocentrismo" nel quadro della politica criminale, ma anche giudiziaria e argomentativa europeista, Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., p. 3 ss., 63 ss. Un garantismo solo orientato all'autore o al cittadino, ma non alla vittima, appare del resto retaggio di un'epoca storica non più consona a vari temi dell'attualità e alle dimensioni post-riparatorie della pena.

(45) Donini, *Scienza penale e potere politico*, cit., 117 ss.; V. del resto Ferrajoli, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale scientifica, 2014; Ronco, *La dogmatica come garanzia di razionalità del diritto penale*, in *Ind. pen.*, 2014, p. 333 ss. La posizione di Ferrajoli, peraltro, non assegna al garantismo un carattere scientifico, ma prettamente politico. Sui passi dove l'illustre filosofo ricostruisce i 'nessi' tra dogmatica e scienza (la dogmatica non sarebbe scienza) ci siamo soffermati (criticamente) nel nostro *Scienza penale e potere politico*, cit., spec. note 11 e 35. V. pure sempre Ferrajoli, *Le basi epistemologiche del garantismo penale*, in Id., *Il paradigma garantista*, cit., p. 61 ss. A Pulitanò, 'Dogmatica' e giurisprudenza, in questa rivista, 2015, p. 4277 ss., 4292, non piace più il termine dogmatica, ma non lo sostituisce con un altro. Anche il termine teoria generale, per noi, è un equivalente (e viene qui così utilizzato nel presente contributo) di quello di dogmatica, come pure quello di dottrina, (dogma è nella radice greca

sinonimo di dottrina), pur non trattandosi di una “opinione” qualsiasi (cfr. Europeismo giudiziario, cit., cap. IV): sappiamo bene che vari filosofi del diritto non usano come equivalenti quei termini, ma solo perché non hanno mai tematizzato la teoria generale del reato, del negozio giuridico, della responsabilità civile, del procedimento amministrativo etc., ma solo la “loro” teoria generale-allgemeine Rechtslehre di categorie o concetti e che “non serve quasi a niente”, neanche in termini di conoscenza utile, al giurista positivo “di settore” (per una discussione al riguardo v. sempre il nostro *Scienza penale e potere politico*, cit., p. 92 ss., e nota 35). Più rilevante è il fatto che anche Pulitanò trovi improprio, se non fuorviante, parlare della scienza penale come “scienza delle garanzie” (ivi, 4282, nota 37), perché ciò sarebbe un ideale etico-politico nel quale l'A. del resto si riconosce: ma non una descrizione (“ricognizione”) di che cosa può essere scienza penale. La divergenza discende peraltro dalle diverse premesse culturali dell'A., che si è formato alla scuola della *great division*, di Kelsen e Weber, della filosofia analitica etc., e continua a concepire in termini descrittivo-conoscitivi la scienza. Rinviamo, per una diversa lettura di questi rapporti, al nostro scritto su *Scienza penale e potere politico*, cit. Notiamo solo che l'approccio costituzionalistico esige una diversa connotazione della scienza penale come scienza delle garanzie. Anche se non è il garantismo come “sinonimo” di diritto penale minimo nella declinazione ferrajoliana (Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, cit., p. 12, 14, 19 ss., 207 ss., 215 ss.), esprime comunque la prospettiva della dimensione critica e dei principi sovral legislativi che delimitano e fondano il diritto penale. L'interprete è purtroppo “coinvolto” in questo programma normativo, ne è complice. Per restare apparentemente immune dal coinvolgimento dovrebbe ritornare un tecnico-giuridico “pre-costituzionale”. E se, escluso un tecnicismo avalutativo, solo restando fuori dall'impegno ermeneutico-ricostruttivo fosse possibile fare “scienza” (adottando dunque un diverso punto di vista ‘esterno’), una scienza giuridico-penale sarebbe esclusa per definizione. L'antagonismo che portò alla rottura tra Baratta (la scienza è punto di vista esterno, l'orientamento costituzionale è politica del diritto) e Bricola (impegno costituzionale come progetto scientifico) rimane irrisolto nella posizione di Pulitanò. È invece risolto in senso simile alla posizione di Baratta nella costruzione di Ferrajoli.

(46) Sulla “dogmatica” come dimostrazione argomentata v. Jareborg, *Legal Dogmatics and the Concept of Science*, in *Fest. Frisch, Duncker & Humblot*, 2013, p. 49 ss., il quale, lasciato alle spalle il monismo metodologico del neopositivismo, per il quale la dogmatica giuridica non poteva essere scienza (ivi, 55), si riconosce che la dogmatica giuridica è una “scienza dell'argomentazione” (ivi, 55), certo non riducibile all'argomentazione politica, che essendo “di parte” non presenta il controllo metodologico della dogmatica. Simili osservazioni anche nel nostro *Oggetto, metodo e compiti della scienza penale*, cap. IV di Donini, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 173 ss., 197 ss., senza che questo aspetto contraddica il modello garantistico di una scienza a orientamento costituzionalistico.

(47) Cfr. Donini, *Scienza penale e potere politico*, cit., p. 106 ss.

(48) In genere, in ambito accademico era più difficile trovare esponenti di questa categoria, ma negli ultimi tempi se ne vanno riscontrando sempre di più tra gli stessi professori: segno di quanto conti il dialogo con la magistratura e quanto poco quello con la dottrina nel convincimento di alcuni autori.

(49) Si assiste talora a referaggi molto seri di grande capacità di analisi e orientamento, ma anche a molte osservazioni formali, linguistiche, superficiali, a valutazioni sommarie, a condizionamenti anche contenutistici inammissibili. Spesso si ricevono schedine precompilate con l'inserimento solo di una croce sull'accettabilità o bontà del prodotto. Del resto i prodotti sono tanti e i referees pochi: come pretendere sempre un'analisi approfondita del saggio, che non è certo richiesto che sia recensito? Ciò premesso, nessun autore può sentirsi davvero sicuro per aver superato il vaglio di due referee. È solo sicuro della pubblicazione, di una valutazione standard che peraltro non è di contenuto scientifico, ma di forma, metodo, presentabilità. Il contenuto scientifico – la soluzione proposta – non è profondamente sindacabile in un referaggio, a meno che non si rilevino evidenti omesse considerazioni di argomenti di rilievo, erronee analisi di tesi, difetti palesi di metodo e argomentazioni, o di richiami di letteratura.

(50) Veramente, nel suo classico studio, Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, tr. it. cit., p. 44 ss., 95 ss. vedeva una netta contrapposizione tra scienza (sistematica e deduzione) e topica (retorica/argomentazione antisistematica, ma orientata al problema e ai casi). Nondimeno, prima di essere ricondotta a sistema, a ordine logico e anche a ordine didattico (ivi, 46), la topica (anche

nella ricostruzione di Viehweg) deve essere riorganizzata scientificamente. Ciò che è compito dello studioso più che del pratico. In questa operazione la topica viene anche veramente elaborata dallo studioso, riorganizzata e sistematizzata. Non è il pratico che lo fa. E anche oggi la migliore ricostruzione scientifica ha un bisogno enorme di ri-elaborare i casi e dunque di riportare a sistema e ordine concettuale gli argomenti: se operasse solo deduttivamente, sarebbe uno strumento inservibile alla prassi, perché adatto a una società chiusa e obbediente alle politiche autoritarie del vecchio stile sillogistico puro del ragionare giudiziario.

(51) Cito le aree culturali più contrassegnate, nel secondo Novecento, dall'influenza di matrice germanica.

(52) Si consenta di rinviare a Donini, Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei, in www.penalecontemporaneo.it, 2013, 20 settembre 2013, 1-40, anche in DPC 2013, Riv. trim., n. 4/2013, 3-43; Id., L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali, in www.penalecontemporaneo.it, Riv. trim., 2012, p. 51 ss.; Id., Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma, in IUS17@unibo.it, n. 2/2009, 421-434. Per un riconoscimento di questa tradizione nel contesto di un indirizzo originale e autonomo della cultura penalistica italiana, v. la collettanea di Vormbaum (Hrsg.), Beiträge zur Geschichte der modernen italienischen Strafrechtswissenschaft, Lit, 2014.

(53) Muovendo da queste premesse si sviluppano i progetti di una cultura europea “post-dogmatica” come quello ricordato (retro, § 2.5 e nota 16) di A. von Bogdandy, Prospettive della scienza giuridica nell'area giuridica europea, cit., p. 54 ss.; Id., Le sfide della scienza giuridica nello spazio giuridico europeo, cit., p. 225 ss. Per un'ampia valutazione critica v. Brutti, Per la scienza giuridica europea (riflessioni su un dibattito in corso), in Riv. trim. dir. pub., 2012, p. 905 ss., spec. 910 ss.; Luzzati, Il giurista che cambia e non cambia, in Dir. pub., 2013, p. 385 ss.

(54) Luzzati, Il giurista che cambia e non cambia, cit., p. 397.

(55) Sul provincialismo della cultura penalistica di lingua tedesca v. lo straordinario intervento di G. Fletcher, Deutsche Strafrechtsdogmatik aus ausländischer Sicht, in Eser – Hassemer – Burkhardt (Hrsg.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, Atti del Convegno di Berlino, 3-6 ottobre 1999, Beck, München, 2000, 235 ss.; nello stesso volume v. B. Burkhardt, Geglückte oder folgenlose Strafrechtsdogmatik, ibidem, p. 111 ss.; poco prima M. Schubarth, Binnenstrafrechtsdogmatik und ihre Grenzen, in ZStW, 110, 1998, p. 827, oltre a quanto già osservato in Donini, voce Teoria del reato, cit., p. 240 s., nota 83. V. ora le convergenti osservazioni di Militello, Il dialogo fra le dogmatiche penali italiana e tedesca alla luce del contributo di Manfred Maiwald, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2013, p. 348 ss., 352 s.; Militello, L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello, cit., p. 124 ss. Ma lo stesso dicasi per i giuristi di lingua inglese o francese, che solo non hanno pretese universali di fare scienza per tutti. V. in merito, nel senso che non esiste una “criminal law doctrine” prodotta dai professori di common law (e corrispondente alla teoria generale del reato o alla dogmatica penale), mentre esiste una dottrina di common law prodotta da legislatore e giudici, M. Dubber, Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts, in ZStW, 121, 2009, p. 977 ss., e la conclusione: «una scienza penale americana non esiste.... l'influenza della scienza penale americana sulla prassi penale è quindi, detto in breve, o assente o dannosa» (ivi, 984).

(56) Da Welzel a Schünemann, i penalisti tedeschi hanno preteso di essere “universali”, e pertanto di non “avere bisogno” di fare comparazione. Ricordo solo Welzel, Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100, cit., p. 421 ss.; Id., Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft, cit., p. 173 ss., 188 ss.; Id., Die Dogmatik im Strafrecht, in Fest. Maurach, Müller, 1972, p. 3 ss.; H. J. Hirsch, Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?, in Fest. Spindel, de Gruyter, Berlin-New York, 1992, p. 43 ss., 58; B. Schünemann, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in Goldtdammer's Archiv f. Str., 2001, p. 205 ss., 216 ss.; Id., Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in Fest. Roxin, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, p. 1 ss.; con maggiori sfumature, Id., Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert, in Fest. Herzberg, Mohr Siebeck, 2008, 39 ss.; v. pure J. Silva Sánchez, Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?, in Goldtdammer's Archiv f. Str., 2004, p. 679 ss.; e M. Pawlik, Strafrechtswissenschaftstheorie, in Fest. Jakobs, C. Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2007, p. 469 ss. V. sul punto i richiami alla nota prec. Toni di minore esaltazione nazionale oggi nella più recente riflessione critica su Welzel. Cfr. il volume Pawlik, Cornacchia, a cura di, Hans Welzel nella prospettiva attuale. Fondamenti

filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale, Editoriale Scientifica, 2015.

(57) Fletcher, *The Grammar of Criminal Law. American, Comparative and International*, vol. I, Oxford University Press, New York, 2007, 65 s. Un tratto rilevante del comparatismo di Fletcher è la grande attenzione alla dimensione linguistica degli studi comparati: il primo ostacolo e la prima mediazione insieme.

(58) Cfr. gli AA. cit. in Donini, *Oggetto, metodo e compiti della scienza penale*, in Donini, *Europeismo giudiziario*, cit., p. 175 ss., note 5 e 14.

(59) Fletcher, *The Grammar of Criminal Law*, cit., 67.

(60) Riferimenti in Berlin, *Le radici del romanticismo* (orig. *The Roots of Romanticism*, 1965), Adelphi, 2001, p. 82 s.

(61) Per una documentata rivalutazione del valore positivo della diversificazione delle lingue, Eco, *La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea*, Laterza, 1993, p. 13 ss., p. 364 ss.

(62) V. sul tema Eco, *La ricerca della lingua perfetta nella cultura europea*, cit., p. 371 ss.; Id., *Dire quasi la stessa cosa. Esperienze di traduzione*, Bompiani, 2003.

(63) V. soltanto il classico studio di Frege, *Sinn und Bedeutung* (1892), tr. it. *Senso e denotazione*, in *La struttura logica del linguaggio*, a cura di A. Bonomi, Bompiani, 1973, p. 9 ss. e quindi Carnap, *Meaning and Synonymy in Natural Languages* (1955), tr. it. *Significato e sinonimia nelle lingue naturali*, in *Op. ult. cit.*, p. 177 ss., dove i termini senso e denotazione (poco chiari già nell'accezione originaria tedesca di Frege: cfr. M. Dummett, *Frege Philosophy of Language*, Duckworth, 19812) sono sostituiti dai più semplici e chiari termini di estensione (pluralità di informazioni sull'oggetto, di attributi o predicati o di classi di cose indicate) e intensione (significato dell'oggetto); nonché W. V. O. Quine, *From a Logical Point of View. Nine Logico-Philosophical Essays* (1953), tr. it. *Da un punto di vista logico. Saggi logico-filosofici*, Raffaello Cortina, 2004, e qui in particolare i saggi *Che cosa c'è* (p. 13 ss.), *Due dogmi dell'empirismo*, 35 ss., *Il problema del significato in linguistica* (67 ss.), dove si parla di significato (connotazione, intensione) e riferimento (estensione, denotazione), e qui (nel raffronto con la dottrina aristotelica dell'essenza, che riguardava le cose e non le parole che le significano) la fulminante asserzione: "il significato è ciò che l'essenza diventa una volta che ha divorziato dall'oggetto di riferimento e ha sposato la parola". V. in prospettiva storica U. Eco, *Per una storia della denotazione*, in Id., *Dall'albero al labirinto. Studi storici sul segno e l'interpretazione*, Bompiani, 2007, p. 319 ss.

(64) Ciò che complica parecchio il valore di una "eguaglianza" (e quindi di corrispondenza, sinonimia) nella traduzione, tra termini/parole ($A=A$, Venere=Venere, ricettazione=ricettazione), oggetti significati (il secondo pianeta del sistema solare, la ricezione di cose provenienti da delitto), e plurimi significati degli oggetti di riferimento, cioè delle rispettive estensioni, predicati, qualità etc. (la stella del mattino, la stella della sera, l'acquisto di un immobile provento del danneggiamento di beni culturali, la ricezione di dati provento di accesso abusivo a un sistema informatico etc.) del rapporto tra parole (enunciati) e cose.

(65) Sulla differenza tra scoperte e invenzioni nel lavoro scientifico del giurista v. più in dettaglio Donini, *Scienza penale e potere politico*, cit., p. 106 ss.

(66) Per decidere di non pubblicare un lavoro ci vuole orgoglio scientifico, più che modestia, anche se non c'è bisogno di avere il rigore (e il pregresso successo) di Kelsen, che preferì tenere nel cassetto un'intera monografia di grande ricchezza ricostruttiva storico-filosofico-politica, che avrebbe avuto sicuro riconoscimento, a cui aveva dedicato anni di studi (e pubblicata solo di recente, postuma, molti decenni dopo la morte dall'Autore), e per la quale aveva già firmato il contratto editoriale, la cui rottura ebbe un costo economico per l'A. stesso. Ciò in quanto, secondo Kelsen, non era degna di lui, e perché, in realtà, conteneva un'interpretazione della storia moderna che riteneva inconcepibile l'esistenza di una religione senza Dio, una religione secolare (essendo le filosofie politiche moderne escatologiche, millenariste o totalitarie, sino a quelle marxiane, prive di un vero retroterra religioso, come non religioso sarebbe il vero spirito della modernità), concezione della quale Kelsen cominciò in realtà a dubitare dopo averla scritta: Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of the Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, Wien, 2012, tr. it. *Religione secolare*, R. Cortina ed., 2014, e qui i riferimenti editoriali e biografici necessari alle pp. IX-XX della prefazione. Il conflitto con le opposte tesi del suo allievo Eric Voegelin, lungo tutta l'opera (ma anche con Schmitt, che aveva influenzato Voegelin, e l'idea delle categorie moderne del 'politico' quali concetti teologici

secolarizzati), lo si può ora verificare nel testo.

(67) Non a caso accade che le più importanti e ambiziose Habilitationsschriften, le monografie “da cattedra”, che hanno spesso tentato un approccio multilivello e comparato a largo raggio, non siano state solitamente accompagnate da successivi lavori di pari impegno del medesimo studioso: sono fatiche che per un solo autore a volte bastano per tutta la vita. D'altro canto, le attuali regole dei concorsi abilitanti mettono in crisi lo stesso modello paradigmatico del classico libro per la cattedra. Ognuno si regolerà come crede, essendoci abilitati e comunque opere di ben diverso livello dentro al medesimo range di concorrenti idonei (v. nota 30 retro sugli indirizzi dei Tar).

(68) Nello stesso senso Militello, L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello, cit., 116.

(69) Accade anche che ricerche molto finanziate si risolvano definitivamente in un mega-convegno con pubblicazione degli atti, salvo utilizzo delle restanti risorse per assegni di ricerca, missioni, viaggi di ricerca etc. Una analisi e un bilancio della reale produttività scientifica, in termini di risultati, al di là dei defatiganti controlli step by step, per le più ricche ricerche dell'UE in campo giuridico, attende ancora di essere seriamente compiuta.

(70) Ricordo per es. quello che c'è stato di recente, soprattutto sulle pagine della rivista DPC, in preparazione della sentenza delle Sezioni Unite sul dolo eventuale.

(71) Sull'importanza della costruzione di un “collettivo di pensiero” al fine del riconoscimento di una novità o scoperta scientifica, ricordo ancora Fleck, Entstehung und Entwicklung einer wissenschaftlichen Tatsache, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1980, tr. it. Genesi e sviluppo di un fatto scientifico, Il Mulino, 1983, spec. p. 98 ss., 174 ss., 193 ss.

(72) Solo concause, peraltro non secondarie, di questa assenza della cultura accademica dalle pubblicazioni manualistiche per la formazione postlaurea sono l'interesse di magistratura e avvocatura a “gestire” in modo autoreferenziale la formazione dei propri nuovi aspiranti, con l'appoggio silente e disinteressato del Miur e la presa d'atto da parte del Ministero della Giustizia: il che ha già prodotto legislazioni “separate” (per la preparazione dei concorsi per avvocato e magistrato) che esautorano le Scuole di Specializzazione per le professioni legali dalla formazione degli avvocati, depotenziandone anche l'appello rispetto ai futuri magistrati, che possono ora accedere ai concorsi senza transitare per le predette SSPL, e solo con la frequenza di stages (di 18 mesi) presso gli uffici giudiziari, dove svolgono attività “di sostegno” che non presentano nessuna specifica capacità formativa per le prove concorsuali (art. 73 l. 9 agosto 2013, n. 9). Le Università, in tal modo, potranno formare solo futuri magistrati, ma in concorrenza diseguale con i “corsi privati” per il concorso in magistratura, la cui appetibilità di mercato consiste nella specificità dei programmi e delle materie ridotte a quelle della prova scritta (a differenza dei programmi “generalisti” e aspecifici delle SSPL imposti dal loro regolamento ministeriale tuttora vigente), e nel numero più concentrato di docenti-trainers come anche di ore di docenza.

(73) Del tema ci siamo occupati a più riprese, anche se non in rapporto alla didattica, a cominciare da Donini, Metodo “democratico” e metodo “scientifico” nel rapporto tra diritto penale e politica, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, p. 27 ss.

(74) Corbellini, Scienza, quindi democrazia, cit., p. 85 ss.; Rovelli, La realtà non è come appare, R. Cortina, 2015.

(75) Sui diversi modelli di una science based policy e su una policy related science; Tallacchini, Scienza e diritto. Prospettive di co-produzione, in Riv. fil. Dir., 2/2012, p. 313 ss.; Funtowicz, Modelli di scienza e policy in Europa, in Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto, a cura di Rodotà e Tallacchini, vol. I, Giuffrè, 2010, p. 531 ss. V. pure il cap. introduttivo Reason in Practice, p. 1 ss.; il cap. Technologies of Humility. Citizen Participation in Governing Science, p. 167 ss., e l'Afterword, 274 ss. di Jasanoff, Science and Public Reason, Routledge, London, New York, 2012; e Corbellini, Scienza, quindi democrazia, cit., p. 53 ss.

(76) Uno ‘spaccato’ di estremo interesse, sui “descrittori di Dublino” e la didattica “comune” nello spazio giuridico europeo, in F. Ruggieri, Universitas e didattica nei corsi di giurisprudenza: riflessioni intorno ad alcuni dati sulle modalità di insegnamento del diritto processuale penale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2014, p. 1762 ss.

Utente: csbab9518 CSBA-B.U.AREA GIURIDICA
www.iusexplorer.it - 11.09.2016