

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

MASSIMO DONINI

TECNICISMO GIURIDICO E SCIENZA PENALE CENT'ANNI DOPO.
LA PROLUZIONE DI ARTURO ROCCO (1910)
NELL'ETÀ DELL'EUROPEISMO GIUDIZIARIO

SOMMARIO: 1. L'immagine consolidata del tecnicismo giuridico nella critica dei suoi detrattori. – 2. Se l'interpretazione del tecnicismo corrisponda al Manifesto (1910) e all'opera del suo più originale sostenitore, Arturo Rocco. – 3. L'orientamento costituzionalistico è una forma di positivismo giuridico applicato alla Costituzione? – 4. L'età del connubio tra dogmatica e politica criminale: dal disincanto alla perdita di ruolo del sapere accademico. – 5. Dalla dogmatica classica a quella moderna, a quella post-costituzionale, mera componente, e non sinonimo, della scienza penale. – 6. La "crisi" della dogmatica, oggi. – 7. L'età della democrazia penale massmediatica e dell'europesismo giudiziario e delle fonti. – 8. Mutamenti genetici del discorso penalistico: giurisprudenza-fonte e varietà degli attori giuridici. – 9. Una scienza solo dei limiti dell'intervento punitivo? Punto di vista esterno e interno. – 10. Oltre l'eredità del giuridicismo. Per una scienza penale discorsiva e critica.

1. *L'immagine consolidata del tecnicismo giuridico
nella critica dei suoi detrattori*

La mia generazione è cresciuta all'insegna del necessario superamento del tecnicismo giuridico, inteso (vedremo se correttamente) come retaggio di uno stile e di un metodo che ravvisavano nella legge scritta non l'ultimo significato e il valore insuperabile del diritto, ma il limite invalicabile della conoscenza del giurista in senso stretto. Il tecnicismo liberava il giurista da oneri di legittimazione della legge, assumendo quest'ultima come un prodotto altrui, da interpretare e applicare senza una necessaria adesione emotiva, possibile o auspicabile, ma non richiesta. Quasi come il botanico studia un bulbo e ne legge la struttura biochimica. Della legge era responsabile il Parlamento o il Governo, comunque lo Stato, non l'interprete. Quest'ultimo, anzi, non doveva "fare politica", ma neppure "filosofare" o confondere il piano ideale della giustizia con quello della legge. La critica al diritto positivo era un compito che gli era ovviamente consentito, ma o in una sede distinta o in una sezione diversa rispetto alle pagine o ai discorsi che trattavano del *ius positum* al fine di intenderlo e applicarlo. Secondo le parole ammonitrici di Arturo Rocco, infatti, "la discussione filosofica, morale, sociale economica, politica, storica e perfino biologica e psicologica circa il fondamento, la giustificazione, la bontà, la con-

venienza generica e specifica di un istituto, soffoca e seppellisce lo studio giuridico di esso, quando pure non serve addirittura a escluderlo”¹.

Chi si occupava di filosofia e di politica, anziché di diritto, cessava in quell’istante di essere un interprete e ovviamente uno scienziato della legge: “sì che il giurista penalista.....in quel momento....fa getto della toga del giurista, per vestir l’abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica”². La vecchia “scienza della legislazione” di Filangieri o di Bentham, da intendersi adesso semplicemente come studio *de lege ferenda*, non era una categoria superiore che comprendeva in sé, come parte rilevante ma non assorbente, la legislazione dello Stato in un determinato settore (*accanto* alla storia giuridica, alla comparazione, alle analisi statistiche, criminologiche, di economia del diritto etc.), ma era un’attività *a parte*, accanto alla criminologia, alla sociologia criminale, alla politica del diritto, alla comparazione etc., parallela e distinta rispetto alla “scienza dogmatica”, che rappresentava la scienza giuridica in senso stretto.

La riduzione teleologica dell’oggetto della scienza giuridica al solo diritto positivo (escludendo le cause della criminalità, le funzioni del sistema penale, gli ‘scopi’ della politica criminale diversi dalla *ratio* specifica di singole norme, etc.), ne delimitava epistemologicamente l’ambito in modo da escludere pretese e ingerenze di altre competenze scientifiche, e ne ridefiniva conseguentemente il *metodo*, costituito da esegesi, interpretazione e dogmatica di quello stesso oggetto.

Si prometteva così la conquista dell’autonomia scientifica del diritto penale rispetto alle “scienze ausiliarie”³, al prezzo di una rinuncia a un punto di vista

¹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1910, 497 ss., poi in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, 1933, 314 (e di qui le citazioni). *Si noti bene, però*: Rocco non delegittima i saperi extragiuridici quanto alla loro funzione conoscitiva del diritto (v. *infra*), ma quanto alla loro potenzialità “legittimante”, “giustificativa” degli istituti normativi. È sul piano della giustificazione del diritto che egli si arresta alla sua esistenza come un dato primigenio per il giurista-interprete, laddove quando si tratta di intenderne origini e scopi, oppure di criticarlo *de lege ferenda*, si dà spazio alla politica, alla filosofia, alla sociologia, alla criminologia etc. Su questo punto spiegheremo il nostro dissenso, che attiene fondamentalmente alla giustificazione *ab origine* dell’intervento penale in termini di sussidiarietà e dunque all’esigenza di motivarne specificamente l’impiego, soprattutto laddove non si tratti di crimini gravi contro l’umanità, la vita o altri beni primari, o di forme di aggressione criminologicamente indiscusse ed evidenti, ma di scelte politiche e di opportunità, o strumentali ad altri scopi, che occupano ormai gran parte del diritto penale contemporaneo.

² Citatissime anche queste considerazioni sempre di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 293.

³ Di scienze ausiliarie, veramente, parlò, ben prima di Rocco, v. Liszt, il fondatore di quel-

esterno o critico rispetto al diritto penale e all'esigenza di una sua giustificazione; per il pratico, a sua volta, si garantiva la sua libertà dall'adesione politica e coscienziale alla legge, ma anche la contestuale rassicurazione, per il potere politico, di una fedeltà "ideologica" dell'interprete, affrancato da oneri di legittimazione diversi dalla lettura delle regole, in modo assolutamente conforme alla divisione dei poteri⁴. Anche la giustizia, in questa visione delle cose, era questione filosofica o politica, mentre il giurista si occupava di diritto.

Negli aspetti più negativi delle sue manifestazioni, peraltro, il tecnicismo doveva condividere le critiche proprie di ogni positivismo giuridico, per il suo ridursi a espressione di giurisprudenza dei concetti, a formalismo giuridico, all'esaltazione di una logica formale che straniava la scienza dalla realtà⁵, ad apparente ossequio alla neutralità dell'interprete. Questa neutralità, si è obiettato più volte, mascherava di fatto il suo conservatorismo, solo 'tecnicamente'

la scienza penale integrale che si suole contrapporre al tecnicismo, perché quest'ultimo l'avrebbe neutralizzata. Si vedano proprio le pagine introduttive al primo numero della *ZStW*, la rivista "per la scienza penale integrale", o per l'intera (gesamt) scienza penale: *An unsere Leser*, in *ZStW*, Bd. 1, 1881, 1, dove si affianca allo studio scientifico del diritto positivo quello delle "Hilfswissenschaften". Tale rivista, come è stato opportunamente sottolineato, di fatto lascerà spazio alle scienze ausiliarie solo nelle pagine sulle recensioni (H. LEFERENZ, *Rückkehr zur Gesamten Strafrechtswissenschaft?*, in *ZStW*, 93, 1981, 199 ss.), qualificandosi, a dispetto della intitolazione, come la rivista della dogmatica penale tedesca.

⁴ Per questa valutazione del tecnicismo v. esemplarmente F. BRICOLA, *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. Bricola e F. Sgubbi, Litografia Lorenzini, Bologna, Anno Acc. 1981-82, 54 ss.; ID., voce *Teoria generale del reato*, Utet, Torino, 1974 (estratto dal *NssDI*, XIX), 11 s., e nota 10; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 31 ss.; C.F. GROSSO, *Le grandi correnti del pensiero penalistico italiano tra Ottocento e Novecento*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, Einaudi, Torino, 1997, spec. 18 ss.; M. PELISSERO, in G. NEPPI MODONA - M. PELISSERO, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali 12, La criminalità*, cit., spec. 831 ss.; G. NEPPI MODONA, *Storia e ideologia del diritto penale dall'illuminismo ai nostri giorni*, in C.F. GROSSO - G. NEPPI MODONA - L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, Milano, 2002, spec. 175 ss. Per una diversa lettura "revisionista" del saggio di Rocco rispetto alle interpretazioni qui appena ricordate, lettura con la quale ravvisiamo alcuni punti di convergenza, cfr. M. SBRICCOLI, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Laterza, Roma-Bari, 1990, 217 ss., spec. 217 ss.; ulteriormente, e ancora più nettamente favorevole ad un ruolo storicamente positivo del tecnicismo in età fascista, ID., *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo. La penalistica italiana negli anni del fascismo*, in *Quaderni fiorentini*, vol. 28 (1999). *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 842 ss., 845 s.

⁵ A. MALINVERNI, *La scuola dogmatica del diritto penale*, Premiata Tipografia Gallardi, Vercelli, 1939, 26 ss., 37 ss., 75 ss.; R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Arch. Pen.*, 1958, 173 ss., spec. 183 ss., 191 ss.

celato, la sua inevitabile subalternità all'ideologia giuridica del potere politico, storicamente mutevole a seconda dei regimi e delle forze maggioritarie, dal fascismo degli anni Trenta e Quaranta, ai governi democristiani degli anni Cinquanta, Sessanta e Settanta del secolo scorso.

2. *Se l'interpretazione del tecnicismo corrisponda al Manifesto (1910) e all'opera del suo più originale sostenitore, Arturo Rocco*

Quando, nel secondo dopoguerra, si cominciò a discutere dell'«elemento politico del codice Rocco»⁶, e venne approfondita dai penalisti che avevano operato sotto il fascismo una sorta di riflessione di autocoscienza, prevalse la tesi della natura tecnica del codice, a dispetto di quella politica, pur presente qui e là soprattutto nella 'parte speciale'. Anzi, si disse o si pensò che il tecnicismo aveva preservato i giuristi, tenendoli al riparo dall'ideologia fascista⁷. Il tecnicismo, si aggiunse, aveva addirittura salvato la legislazione italiana, come dimostrerà l'ampia e sostanziale conservazione, per lungo tempo, dei codici degli anni trenta e dei primi anni quaranta nell'età repubblicana e democratica, monumenti di scienza giuridica sostanzialmente trapiantati, salvo progressive revisioni e innesti, nell'ordinamento costituzionale democratico fino alla fine del ventesimo secolo. Per non parlare del codice Rocco, l'ultimo grande "patriarca"⁸, i cui ottant'anni sono stati appena celebrati ricordando che, se esso in buona sostanza non c'è più, o non è più quello degli anni Trenta o Cinquanta, tuttavia inevitabilmente conserva strutture portanti in parte ancora identitarie per il sistema penale, pur largamente costituzionalizzato⁹. I penalisti, pertanto, si autoassolsero negli anni Quaranta e Cinquanta, e solo a

⁶ Per riprendere il titolo di un celebre scritto, tutto incentrato sull'idea della conservazione dei principi liberali (e illuministici) nella parte generale del codice e della concentrazione dell'elemento politico solo nella parte speciale, di T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, in *Arch. Pen.*, 1945, 161 ss., 174 ss.; v. pure G. LEONE, *La scienza giuridica penale nell'ultimo ventennio*, in *Arch. Pen.*, 1945, 23 ss.; G. BETTIOL, *Aspetti politici del diritto penale contemporaneo*, Priulla, Palermo, 1953, in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. II, Cedam, Padova, 1966, spec. 801 ss.

⁷ Il giudizio è consolidato: per tutti G. NEPPI MODONA, *Storia e ideologia del diritto penale*, cit., 175; M. SBRICCOLI, *Le mani nella pasta e gli occhi al cielo*, cit., spec. 842 ss.

⁸ Cfr. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *RIDPP*, 1994, 1220 ss.

⁹ Ass. F. Bricola, *Gli 80 anni del codice Rocco*, Bologna, 2010, i cui Atti sono in corso di pubblicazione.

partire dagli anni Settanta cominciò un'opera di revisione storica che, di pari passo con l'approccio costituzionalistico (§ seg.), condurrà al recepimento di un giudizio assai più negativo o critico¹⁰, dove la qualifica di tecnico-giuridico equivale a politicamente conservatore e legittimista, solo apparentemente apolitico, oppure acritico rispetto al potere, formalista o dogmatico in senso deterioro, impermeabile alle scienze sociali, al diritto come scienza sociale esso stesso, e dunque un metodo culturalmente chiuso, alieno dall'idea dello scopo ma pure dalle conseguenze, retaggio di una giurisprudenza dei concetti ben lontana dalle pulsioni della vita civile e forse anche dalla autentica civiltà del diritto.

Dopo che la nostra formazione è stata fortemente condizionata da questo giudizio negativo, che sicuramente affiora qua e là anche nei nostri scritti, ci chiediamo oggi se tale valutazione rifletta davvero il "Manifesto" del tecnicismo, il classico scritto di Arturo Rocco che, con la sua Prolusione sassarese del 1910 di cui ricordiamo il centenario¹¹, impresse una svolta alla lotta tra "Scuole", quella classica e quella positiva in primo luogo, che furoreggiava – non è un'iperbole – nei primi lustri del Novecento.

La nostra risposta, oggi, è chiaramente positiva quanto alla *separazione* tra dogmatica (vera "scienza giuridica" per Rocco) e politica criminale ("solo" disciplina *de lege ferenda*) quale contrassegno del tecnicismo sia in Rocco e sia nella storia; ed è tuttavia una risposta negativa quanto all'identificazione del tecnicismo storico, quale metodo normativistico fondato sull'esegesi e una dogmatica logico-deduttiva, con il modello epistemologico elaborato da Rocco. Il giudizio sul "Manifesto" di Arturo Rocco non può, infatti, coincidere con quello sul tecnicismo, che riguarda almeno sessant'anni di storia penalistica dopo la prolusione sassarese¹², variamente rappresentati da indirizzi o esempi, prevalentemente "tecnico-giuridici", ma ora concettualistici, ora più attenti al piano degli interessi, ora retribuzionisti, ora vicini ai postulati criminologici della Scuola positiva. Noi, però, ci soffermiamo oggi soprattutto sulla questione del metodo e della scienza, senza ripercorrere le vicende storiche del tecnicismo.

Arturo Rocco, nel 1910, intese riconsegnare al diritto lo statuto di scienza giuspositiva, anziché sociale, criminologica, sociologica, filosofica, politica

¹⁰ V. ancora gli scritti citati a nota 4.

¹¹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, cit., 263 ss.

¹² Ma neppure il giudizio sul tecnicismo può coincidere con quello sull'opera di altri grandi penalisti esponenti di quell'indirizzo, da Manzini a...Marcello Gallo (v. *infra* in questo § e nel successivo § 3).

etc., e nel far ciò dovette prendere le distanze sia dalla Scuola classica, che pensava a un diritto eterno, sovratemporale, razionale, sganciato da scelte storiche precise; e sia dalla Scuola positiva, che stava dissolvendo il diritto in una scienza empirico-causale, tutto orientato al futuro, alle riforme, alle “cause”, anziché alla responsabilità, trasformandolo così in un diritto penale... senza diritto¹³. Stabilito che oggetto dello studio scientifico del diritto penale non sono le cause della criminalità (ciò appartiene alla criminologia o alla politica del diritto, semmai), ma le norme giuridiche vigenti, Rocco ne ripropone un metodo d’analisi che qualifica non certo nuovo, ma millenario: una scienza “vecchia di quasi tremila anni”¹⁴. Questa sapienza antica è portatrice di valori antiformalistici: esegesi, interpretazione, dogmatica, sistematica e persino critica del diritto non vivono di sola logica formale, ma devono abbeverarsi e attingere alla comparazione, alla storia, alla criminologia, alla sociologia criminale, alle scienze sociali ed empiriche quali loro “fonti” complementari rispetto alla legge, e che sono di ausilio per l’intendimento del diritto positivo¹⁵. Tecnicamente, peraltro, esse non sono, secondo Rocco, “fonti del diritto”, ma “fonti della conoscenza scientifica del diritto”¹⁶. È necessario attingere a quelle fonti proprio onde evitare il formalismo. Purché sia chiaro che altro è diritto, altro è filosofia, altro è politica¹⁷, nulla si oppone all’impiego di ulteriori saperi in funzione complementare o sussidiaria¹⁸, quale materiale empirico da cui trarre i dati positivi delle costruzioni della scienza, integrando il metodo logico-deduttivo della dogmatica con l’«induzione sperimentale»¹⁹.

Il diritto penale, inoltre, vive al culmine dell’intero ordinamento giuridico e

¹³ Così, nelle stesse parole di Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit. (da *Opere giuridiche*, vol. III, cit.), 273.

¹⁴ *Ivi*, 295.

¹⁵ *Ivi*, 317 ss.

¹⁶ *Ivi*, 322.

¹⁷ *Ivi*, 293.

¹⁸ Questo è il punto nodale: quanto complementare e quanto sussidiaria. Aveva già scritto lo stesso von Liszt, esponendo il programma della sua (ben diversa in apparenza) “scienza penale integrale” (in F. v. LISZT, *Kriminalpolitische Aufgaben*, in *ZStW*, Bd. 9, 1889, (452 ss.), 456: “non si pretende dal criminalista che conduca autonome indagini statistiche o antropologiche, ma gli chiediamo che abbia consuetudine con le acquisizioni della biologia criminale e della sociologia criminale, così come ce l’ha con le previsioni del codice penale e le decisioni della Cassazione”.

¹⁹ Art. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 317. Sull’integrazione di metodo deduttivo e induttivo nella teoria del reato (in prospettiva costituzionale e di integrazione tra dogmatica e politica criminale) si consenta il rinvio a M. DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *RIDPP*, 1997, 351 s., 365 ss.

di esso si nutre, anche se costruisce in modo autonomo i suoi precetti e le sue sanzioni, data la normale sussidiarietà delle sanzioni penali a interessi di regola (“se non sempre”) protetti da altre branche dell’ordinamento senza la cui conoscenza è vana ogni pretesa scientifica del penalista²⁰. Rocco è così poco formalista che sostiene la normalità e la legittimità del procedimento ermeneutico di tipo analogico, purché non avvenga *in malam partem*; la stessa interpretazione estensiva sfavorevole è descritta come un antidoto contro il grezzo commento esegetico della lettera della legge²¹. Non solo. L’analogia (analogia legis) e il richiamo ai principi generali del diritto (analogia iuris) sono fondamentali per costruire la dogmatica penale, che Rocco ritiene la vera scienza *del diritto*, laddove l’esegesi è la vera scienza *della legge*²². E la crisi che intende superare la sua riproposizione di un metodo per nulla “nuovo” è proprio una crisi di entrambi questi momenti specifici qualificanti. Al livello della critica della legge, non solo quella strettamente tecnica interna alla dogmatica, ma soprattutto quella *de lege ferenda* e insita nella scienza della legislazione, Rocco pone solo il vincolo di una previa conoscenza del diritto vigente²³. L’esperienza disordinata, pericolosa e sterile di una critica legislativa carente di previo studio esegetico e dogmatico del diritto penale è forse l’aspetto più ricorrente dello stato di “crisi” della scienza penalistica ai primi del Novecento, nella rappresentazione di Rocco. Per il resto, in un’ottica di scien-

²⁰ Art. ROCCO, *Op. ult. cit.*, 304 s. “Provatevi infatti a conoscere scientificamente i così detti “reati contro la proprietà” senza conoscere, almeno nelle sue linee fondamentali, il nostro sistema privato, civile e commerciale! Provatevi a studiare scientificamente i reati contro la pubblica amministrazione senza conoscere i principi generali del nostro ordinamento giuridico amministrativo, o i reati contro l’amministrazione della giustizia senza conoscere i tratti caratteristici e fondamentali del nostro ordinamento processuale e del nostro ordinamento giudiziario, o i reati contro lo Stato o la libertà senza conoscere i capisaldi del nostro ordinamento costituzionale! I risultati cui perverrete saranno così scientificamente nulli da non andare più oltre della semplice riproduzione degli articoli della legge....risultati indegni del nome di scienza!” (*ivi*, 306).

²¹ *Ivi*, 298 s.

²² *Ivi*, 300-302. In queste riflessioni del padre del tecnicismo giuridico non è difficile scorgere idee sorprendentemente anticipatorie rispetto a quelle più avanzate dell’ermeneutica contemporanea, con particolare riferimento alle tesi di Arthur Kaufmann sull’analogia come procedimento ordinario dell’interpretazione giuridica: cfr. Arth. KAUFMANN, *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus* (1982), ora in trad. it., a cura di G. Carlizzi, *Analogia e “natura della cosa”*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, Napoli, 2004, 53 ss., 70 ss.; v. pure sul punto O. DI GIOVINE, *L’interpretazione nel diritto penale, tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, Milano, 2006, 49 ss.; G. CARLIZZI, in V. OMAGGIO - G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010, 121 ss.

²³ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 266 s., 313.

za della legislazione classica, gli sta bene anche la scienza penale integrale di von Liszt, dato che proprio Liszt, profilando il suo programma di “universa scienza del diritto penale” vedeva la trattazione tecnico-giuridica (e non la prevenzione e l’analisi empirica) come “più prossimo compito della scienza del diritto penale”²⁴, subordinando per ragioni di garanzia (la *Magna Charta* del reo) il profilo causale della lotta alla criminalità ai limiti legali della risposta giuridica al delitto nell’applicazione della legge.

Se da questo Manifesto andiamo a ritroso a percorrere vari scritti minori di Rocco, in diverso ordine di grandezza, come quelli sul diritto penale amministrativo, sul c.d. carattere sanzionatorio del diritto penale, sulle misure di sicurezza, sul diritto soggettivo di punire, sull’amnistia nel diritto penale romano²⁵, fino all’*opus magnum* su “L’oggetto giuridico del reato” (1913), vedremo che storia e comparazione si affiancano a una formidabile cultura giuridica tecnica, così come chi volesse rileggere i cinque tomi del *Trattato del furto* di Vincenzo Manzini²⁶, e non soltanto le pagine iniziali del primo volume del *Trattato di diritto penale*, dove è contenuto un celebre ostracismo alla filosofia²⁷, vedrebbe realizzato un metodo integrato di scienza penale (storia, comparazione, statistica e criminologia, interpretazione, dogmatica e scienza legislativa *de lege ferenda*) assente persino dalla maggior parte delle monografie contemporanee, che danno per scontata la modernità di una specializzazione del giurista dove solo in *équipe* oppure occasionalmente, secondo la cultura personale, si utilizzano e recepiscono tanti saperi esterni, e in modo tale da scongiurare l’accusa o il rischio di mero diletterantismo²⁸.

²⁴ Sono traduzioni e parafrasi di ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 278 s. in nota, riprendendo il pensiero di Liszt.

²⁵ Cfr. il vol. III delle *Opere giuridiche*, cit. (Il primo volume contiene *L’oggetto del reato*, mentre il secondo raccoglie gli scritti processuali).

²⁶ V. MANZINI, *Trattato del furto e delle sue varie specie*, rist. della 2^a ed., Utet, Torino, 1923.

²⁷ Lo si rilegga nell’edizione successiva del 1950 (in polemica anche con Bettiol): V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1950, 7 ss. (§ 2, *La filosofia e il diritto penale*, con i due sottoparagrafi: “Inutilità giuridica delle indagini filosofiche” e “Danno della filosofia al diritto penale”).

²⁸ Il rischio di diletterantismo era quanto, in area tedesca, il “giuspositivista” e “dogmatico” Karl Binding, per altri versi tanto citato adesivamente anche da Rocco nella prolusione del 1910, rimproverava in quegli stessi anni agli indirizzi criminologici *à la Liszt*. Cfr. K. BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*. AT⁸, Felix Meiner, Leipzig, 1913, Vorwort, pag. V.

3. L'orientamento costituzionalistico è una forma di positivismo giuridico applicato alla Costituzione?

Il difetto principale del tecnicismo, anche quello di Rocco, sul piano epistemologico (ma ad un tempo politico), era l'assenza del problema della legittimazione del diritto penale dall'orizzonte della scienza, o se vogliamo la sua riduzione al valore dell'obbedienza alla volontà generale della legge. Rispetto a Cesare Beccaria, all'illuminismo, alla lezione di Francesco Carrara, il tecnicismo costituì effettivamente un momento di regresso sotto questo profilo. Solo l'approccio costituzionalistico ha riguadagnato a livello collettivo quest'irrinunciabile dimensione al discorso scientifico. Con l'applicazione sistematica della Costituzione al diritto penale nasce un nuovo indirizzo, che rinnova paradigmi risalenti.

La novità, dappprincipio, si avverte sul piano culturale e politico, ma non su quello del metodo. Se, infatti, sul piano politico l'approccio costituzionalistico introduce un superiore livello di "diritto positivo" che, essendo intessuto di valori e principi, impone all'interprete di valutare criticamente la legge ordinaria, dall'altro, proprio in quanto diritto positivo anch'esso, quel livello si presta – o è stato pensato che si prestasse, soprattutto negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso – a essere letto, interpretato e applicato proprio *come* la legge ordinaria: mediante un approccio innanzitutto esegetico, "religiosamente e scrupolosamente" aderente al testo, per riprendere le parole stesse di Rocco²⁹. Si pensi alle letture costituzionali del principio di legalità di Marcello Gallo³⁰, o alla stessa costruzione tutta "giuspositivistica" di Franco Bricola³¹. Da ciò ne è conseguito un approccio alla Carta costituzionale espressione del positivismo giuridico, assai diffuso proprio nei primi lustri del suo sviluppo. Uno stile, dunque, più vicino sul piano del *metodo* – ma non però dell'*oggetto*, evidentemente – allo stesso tecnicismo.

Naturalmente è possibile adottare una lettura più disincantata dell'orientamento costituzionalistico, mostrando come in vari casi ciò che, fin dall'inizio, viene ricondotto "a forza" in un comma costituzionale, a cominciare da tutta

²⁹ ART. ROCCO, *Il problema e il metodo*, cit., 274.

³⁰ M. GALLO, *La legge penale. Appunti*, Torino, 1965 (pubblicato anche in precedenti edizioni), e ora ID., *Appunti di diritto penale*, vol. I. *La legge penale*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim*.

³¹ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 9, parlava di "indicazioni nettamente giuspositivistiche, anzi giuslegalistiche che la Costituzione (art. 25, 2° comma) fissa in materia penale".

un'ampia tipologia di principi costituzionali *non espressi*, altro non è che un percorso giusrazionalistico solo "argomentato" in chiave di positivismo costituzionale, ma in realtà "fondato" veramente su altre basi. Operazione che in taluni casi è molto scoperta e dissimula in modo evidente un percorso giuridico che di giuspositivistico conserva solo l'apparenza, che serve per "fare passare" certe tesi altrimenti proponibili solo *de lege ferenda*³². D'altro canto, nella stessa fondazione di Bricola, oggetto della teoria del reato a base costituzionalistica era anche la costruzione delle norme future, e dunque il diritto positivo sì, "inteso però non come un dato definitivo, ma come un *quid* che può essere mutato e alle cui modifiche strutturali il giurista, senza che con ciò esorbiti dai suoi limiti di competenza, deve cooperare"³³. Di questo passo, è possibile arrivare a convertire se non l'orientamento costituzionalistico, almeno alcune sue pur celebri espressioni, in una realtà giuridica addirittura opposta a certe matrici originarie dell'indirizzo, e cioè in una forma di neogiusnaturalismo³⁴. Ma quali sono le «vere» matrici originarie dell'orientamento del diritto penale ai principi sovraordinati alla legge? Non è vero, del resto, che anche rispetto alla legge ordinaria sono possibili stili ermeneutici più ligi all'interpretazione stretta e altri più estensivi e capaci di inserire in quelle 'regole' delle 'norme' profondamente differenti dalle originarie intenzioni del legislatore?³⁵ Ciò apparirà con evidenza, rispetto all'ermeneutica costituzionale, nel prosieguo dell'esperienza storica, almeno dagli anni Novanta del secolo

³² Una riflessione critica sull'approccio costituzionalistico quale forma di giusrazionalismo dissimulata sotto vesti giuspositivistiche era già contenuta nel nostro *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991, 160 ss.

³³ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 12, così recuperando al giuspositivismo anche la "scienza della legislazione" nel significato (giusrazionalistico) ad essa attribuito dal suo Maestro Pietro Nuvolone (ivi puntualmente ricordato).

³⁴ V. al riguardo le riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989, 909 ss., 914 ss., e quanto osservato, sul passaggio dal tecnicismo all'approccio costituzionalistico, in DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Digesto disc. pen.*, XIV, 1999, 226 ss.

³⁵ È questa, del resto, l'obiezione che al tecnicismo fece P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, già in *Riv.it.dir.pen.*, 1949, poi in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, 166 ss., 169, e in sintesi a p. 175: "l'indirizzo tecnico giuridico non è riuscito a circoscrivere alle pure norme del diritto positivo l'oggetto della scienza penale: vi sono concetti, teorie, argomentazioni, che traggono aliunde il motivo della loro validità" [c.vo. orig.]. Avrebbe potuto scriverlo Welzel, in quegli stessi anni, o H.J. Hirsch fino ai nostri giorni. V. sul punto H.J. HIRSCH - J. CEREZO MIR - E. A. DONNA (Dir.), *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad. Homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*, Rubinzal, Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, *passim*.

scorso a oggi, allorché si è cominciato ad argomentare non più dal testo costituzionale, ma direttamente da sentenze della stessa Corte, o da fonti sovranazionali, e ancor più da decisioni di altri Tribunali supremi³⁶. Un “circolo ermeneutico” dove la divisione dei poteri (in uno con la vecchia gerarchia delle fonti) sembra talvolta poco più di un ossequio labiale alla tradizione e dove il *testo* dipende tutto, ormai, dal *contesto*³⁷, e a seconda che l’interprete si orienti a tutela dei diritti dell’imputato o di quelli della vittima, con esiti politici di ben diversa valenza³⁸. Infatti, tutta la teoria del reato tradizionalmente costruita su premesse di garantismo per i diritti dell’indagato e dell’autore del reato (considerando il codice o la legge penale come la Magna Charta del reo) può essere “riscritta” se si intende bilanciare questa lettura con i diritti delle vittime, reali o potenziali, con le tradizionali istanze di difesa sociale che le costruzioni incentrate sul garantismo classico hanno pensato di neutralizzare o mettere fra parentesi, lasciandole magari, lisztianamente, alla criminologia o alla politica, ma non al diritto: pensavamo di addomesticare il Leviatano, e ci siamo accorti che lo stavamo nutrendo e irrobustendo, presentandolo come il difensore delle vittime, un formidabile “lottatore” che usa la legge penale come arma, non certo come Magna Charta³⁹.

³⁶ Per un quadro dispiegato dei risultati attuali di questo processo culturale e giuridico, cfr. G. VASSALLI, a cura di, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Esi, Napoli, 2006; nonché G. VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in A. PACE, a cura di, *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, 1021 ss. V. altresì, anche per un inquadramento della principale letteratura manualistica nel solco dell’orientamento costituzionalistico, M. DONINI, *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *Ius17@unibo.it*, 2009, 421 ss.

³⁷ Cfr. G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, 33 ss.; F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell’interpretazione penalistica*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 515 ss., 525 ss.

³⁸ Per un’istruttiva lettura, sull’esempio della giurisprudenza Cedu e della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, di come l’applicazione dei diritti fondamentali assuma connotazioni radicalmente diverse, se operata in chiave “vittimocentrica”, anziché “reocentrica”, v. ora V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Un microsistema tra garanzie classiche ed europeo-giudiziario*, Bologna, 2010.

³⁹ Su una diffusa argomentazione ed ermeneutica “di lotta” nella cultura e legislazione giuridica (anche europea) che divora il diritto-garanzia, si consenta di rinviare al nostro *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2007, 55 ss.

4. *L'età del connubio tra dogmatica e politica criminale: dal disincanto alla perdita di ruolo del sapere accademico*

Lo sviluppo dell'orientamento costituzionalistico ha proceduto in contemporanea con l'età del connubio tra dogmatica e politica criminale. A livello internazionale il superamento del tecnicismo giuridico (chiamato altrove semplicemente positivismo giuridico), che professava una netta distinzione della dogmatica dalla politica criminale in ossequio a una rigorosa separazione dei poteri, e relegava la comparazione ad attività autonoma dalla dogmatica, in funzione meramente "conoscitiva" di ordinamenti e sistemi non nazionali⁴⁰, ha significato un riavvicinamento della politica criminale alla dogmatica, e anzi, secondo alcune celebri prospettazioni, una vera fusione di quelle due componenti: tutte le categorie della dogmatica, si è detto (Claus Roxin), dovrebbero essere reinterpretate alla luce delle *funzioni politico-criminali* che orientano un sistema dominato dall'idea dello scopo⁴¹. Dal teleologismo "politico-criminale" si è poi passati all'orientamento alle conseguenze⁴² e a nuove forme di funzionalismo⁴³. Indirizzi teleologici nello studio del diritto penale non sono certo nuovi⁴⁴ e rispondono a esigenze imprescindibili che ogni tecnico-

⁴⁰ Per quest'aspetto e i relativi richiami alle distinte posizioni di Radbruch e von Liszt al riguardo, cfr. M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 241, nt. 83. A favore della comparazione quale momento qualificante della dogmatica penale contemporanea, invece, cfr. sempre *Op.ult.cit.*, 236 s.

⁴¹ C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Aufl., de Gruyter, Berlin, New York, 1973, 10 ss., 15 ss. Per una rilettura costituzionalistica di questa famosa proposta cfr. F. BRICOLA, *Rapporti tra dogmatica e politica criminale*, in *RIDPP*, 1988, 3 ss. V. altresì, quale modello pronunciato di una dogmatica penale moderna a orientamento costituzionale e di sintesi tra istanze sistematiche e politico-criminali, S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Esi, Milano, 1992, *passim*.

⁴² Cfr. W. HASSEMER, *Über die Berücksichtigung von Folgen, bei der Auslegung der Strafgesetze*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Fest. Coing zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Beck, München, 1982, 493 ss.

⁴³ Sul passaggio dal c.d. "funzionalismo" di Roxin a quello di Jakobs, cfr. PEÑARADA RAMOS - SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, in G. JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 17 ss., 37 ss.; E.R. ZAFFARONI, *Política y dogmática jurídico-penal*, in *El estado actual de las ciencias penales*, a cura di A. L. Calle Calderón, Universidad de Antioquia, Ed. Ibañez, Medellín, 2009, (77) 91 ss.; J. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, cit., 67 ss., 116 ss.

⁴⁴ Cfr. F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale* (già in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, poi) in ID., *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1955, 3 ss. (e p. 13 ss. sul tecnicismo giuridico), spec. 23 ss., 29 ss.; G. DELITALA, *Scienza giuridica e realtà* (in *Riv. it. dir.*

giuridico avrebbe sicuramente sottoscritto⁴⁵. Peraltro, con l'orientamento costituzionalistico, subentra un livello normativo superiore e critico che muta geneticamente (insieme all'*oggetto*) il *ruolo* dell'interprete e dunque anche del giudice, che non è più il mero esecutore "avalutativo" del verbo della legge, dato che la sottopone continuamente a una sostanziale verifica e rilettura conforme a Costituzione o a un formale sindacato di legittimità. Il connubio tra dogmatica e politica criminale appartiene alla stessa epoca storica nella quale era diffusa la fiducia del ceto dei giuristi (soprattutto accademici) di potere orientare il legislatore, oltre che il potere giudiziario. Nell'arco di un ventennio, però, le aspettative dei "signori del diritto"⁴⁶ si sono trasformate ora in una delusione⁴⁷, ora in un'illusione⁴⁸, ora in un rifiuto⁴⁹, talora persino in un incubo⁵⁰. Solo chi si è sempre rivelato scettico rispetto ad afflati collabora-

pen., 1936, 534 ss., poi) in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1976, 393 ss. (contro l'idea che la scuola positiva rappresentasse una sorta di giurisprudenza degli interessi e il tecnicismo una sorta di giurisprudenza dei concetti); G. BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, (già in *Riv. it. dir. pen.*, 1938, poi) in ID., *Scritti giuridici*, tomo I, Cedam, Padova, 1966, 318 ss.; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, (già in *Jus*, 1940, poi) in ID., *Scritti giuridici*, tomo I, cit., 491 ss. Sul punto v. i rilievi critici di P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1948, poi in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, Cedam, Padova, 1969, 151 ss., spec. 164 s.

⁴⁵ Si rammenti l'antiformalismo dello stesso Arturo Rocco, quello di Marcello Gallo, o quello di Antonio Pagliaro, che possono annoverarsi tutti e tre, per vari aspetti, nel solco del tecnicismo giuridico, anche se poi applicato anche al testo costituzionale.

⁴⁶ Per riprendere la celebre definizione che dà il titolo italiano alla traduzione di un noto volume, che è anche di sociologia dei ruoli giuridici, di VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapter in European Legal History* (1987), tr. it. *I signori del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991. Chi siano i signori del diritto, in effetti, è dubbio, ripartendosi tale qualifica fra tutti i ruoli indicati, e non essendo privilegio di uno soltanto.

⁴⁷ Per es. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1247 ss.; T. PADOVANI, *Promemoria sulla questione della giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, 4023 ss.; F. PALAZZO, *Diritto penale*, cit. V. pure M. DONINI, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, 2003, premessa.

⁴⁸ *Ex pluribus*: E. MUSCO, *L'illusione penalistica*, Giuffrè, Milano, 2004; S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'*, Esi, Napoli, 2001, 107 ss.; ID., *La perenne emergenza*, Esi, Napoli, 1996; G. INSOLERA, *Sicurezza e ordine pubblico*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, BUP, Bologna, 2011, 211 ss.; v. pure Vormbaum, Stella e Lüderssen cit. al § 9 *infra*.

⁴⁹ Per un radicale rifiuto dell'intero diritto penale "politico", così intendendo peraltro (prospettiva diversa da quella degli altri AA. poc'anzi citati) tutto quello orientato allo 'scopo', v. ora la requisitoria bruciante di W. NAUCKE, *Sicurezza e diritto penale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, cit., 79 ss.

⁵⁰ Rispetto alle molteplici e fallite progettazioni di riforma, infatti, a un certo punto si è

zionistici con la cultura di un penale “costruttivo”, può conservare nel tempo un *aplomb* immutato: una eleganza critica che coniuga punto di vista esterno e tecnicismo garantista.

Questa ingenua fiducia nelle possibilità “virtuose” di un connubio tra dogmatica e politica criminale, che voleva rendere più scientifica la scelta di punire, con esiti di legittimazione del diritto penale effettuale, si è rivelata un abbraccio mortale. Pareva si aprisse uno spazio sconfinato all’attività costruttiva degli studiosi, prevalentemente orientati *in bonam partem*, alla rieducazione, alla depenalizzazione, e quindi autorizzati a quella grande opera di analogia favorevole in cui consiste una vasta produzione della “parte generale”. Ma si è trattato solo di una stagione: troppi i disincanti rispetto alle istanze rieducative, troppi gli abusi di una legislazione non tanto simbolica (magari fosse stata solo tale), quanto ora moralista, ora diseguale, ora repressiva di minoranze o del dissenso politico e riproduttiva delle diseguaglianze di classe, ora espansa fino al controllo penalistico di massa delle trasgressioni della vita quotidiana, ora anticipata verso situazioni così arretrate da giungere ben oltre la soglia del pericolo presunto, ora ineffettiva e inefficace di fatto, piena di sacche di privilegio, di aree di repressione incomprensibile, di picchi di durezza inutile (diritto penale di lotta, diritto del nemico) e di tolleranze capaci di ridicolizzare il valore della giustizia come amministrazione. Nel contesto di un disamore sistematico per la scienza della legislazione da parte dei governi, di un distacco frequente della produzione normativa dalla stessa consultazione del sapere accademico, quale spazio è rimasto per soluzioni dogmatiche-e-politico-criminali? Quella stessa endiadi fa sorridere, ormai. Dopo la legislazione e la prassi punitiva post-*Guantánamo*, dopo le leggi sull’immigrazione, di fronte a un uso sempre più strumentale della pena in un processo di continua espansione della sua minaccia in funzione di “sicurezza”, dopo le numerosissime leggi *ad personam* realizzate o tentate (in Italia) e il quadro (europeo) di una costante trasformazione del sistema penale legale in un diritto penale giurisprudenziale, nazionale e sovranazionale, autopoietico. Non è in realtà successo nulla di affatto inusitato, se si guarda al passato del diritto penale. Pur consapevoli di numerosi miglioramenti realizzati dal secondo dopoguerra, almeno in Europa⁵¹, nondimeno è chiaro che le speranze degli anni Settanta si sono

concluso (così vari interventi al più recente convegno bolognese su “Il codice Rocco ottant’anni dopo”, del marzo 2010) nel senso che, considerati gli stili legislativi attuali, è molto meglio che una riforma complessiva non venga adottata.

⁵¹ Ci piace ancora ricordare, a questo proposito, il bilancio redatto nell’ultima lezione universitaria di H.-H. JESCHECK, *Neue Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik in rechtsverglei-*

infrante contro alcune dure repliche della storia: che non è una storia di progressi cumulativi, perché sotto di essi, che per fortuna esistono, ritornano vecchi fantasmi che accompagnano il potere punitivo, insieme a una criminalità che non è certo sconfitta. Soprattutto, si è infranto il sogno di imprigionare la realtà in un “sistema” punitivo costruito su categorie elaborate da chi non sia impegnato non diciamo nella “lotta”, ma comunque nella “risposta” al crimine. Dottrina e giurisprudenza (quella legittima) sono perciò componenti essenziali del medesimo discorso scientifico, anche se non sono equiparabili, non spettando al *ius dicere* il compito di una riorganizzazione generale del sapere giuridico-penale. D’altro canto, mentre un sistema “chiuso” non esiste più, se mai è esistito, un sistema ordinato è solo il prodotto di mille mediazioni, di una paziente attività di reinterpretazione, di cui viene incaricata ogni generazione penalistica. Chi pensa di imprigionare davvero quella realtà in un ordine “coerente”⁵², sta continuando a sognare, e gli siamo perfino grati per avere regalato qualche sogno alla nostra giovinezza.

Osservando la realtà tutta intera, probabilmente ci possiamo salvare dal sonno della ragione a patto di non “sposare” veramente il diritto penale, di non “credere” in esso fino in fondo; coltivando cioè anche il “punto di vista esterno” (quello del criminologo, del sociologo, del filosofo, o del politico) e, quando operiamo e ragioniamo *intra moenia*, conservando uno spazio di sana autonomia, che non significa un distacco, tra la scienza e la politica o la prassi, tra la dogmatica e la politica criminale. Sono troppe, del resto, le disposizioni costituzionalmente legittime, o “european correct”, e tuttavia ancora profondamente indesiderabili o ingiuste, per quanto modernissime. L’indipendenza e la “libertà” dei vecchi tecnici giuridici ha dunque ancora qualcosa da dirci, nonostante tutto: ciò valga in primo luogo rispetto alla tentazione di “legittimare a ogni costo” il prodotto legislativo, di farsene interpreti ‘organici’.

Vero dunque che alla scienza spetta un *impegno civile diverso* dal “collaborazionismo costruttivo”, che rimane eventuale e comunque strumentale al progresso legislativo implicito in ogni proposta *de lege ferenda*. Vero altresì che il suo impegno civile è in parte anche diverso da quello di magistrati e avvocati, considerato il raggio di azione più generale e meno contingente rispetto al ruolo necessariamente più “esecutivo” di chi deve pur sempre applicare

chender Sicht, pubblicata in *Indice penale*, 1985, pp. 507-533, con il titolo “Dogmatica penale e politica criminale nuove in prospettiva comparata”.

⁵² Idea che era pur sempre alla base del progetto di C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (1970), 2. Aufl., cit., 10 ss.

la legge ai casi. Nei tempi più recenti, peraltro, è accaduto un fatto nuovo, che dobbiamo ora illustrare: è proprio il potere giudiziario che ha assunto, a livello internazionale, un ruolo trainante e perfino una *leadership* nell'indicare le vie di sviluppo degli ordinamenti, e ciò non solo in campo civile o amministrativo, ma perfino in quello penalistico. L'internazionalizzazione delle fonti e la rottura dei vincoli degli Stati nazionali hanno agevolato questo processo. Nasce di qui, fra l'altro, la necessaria messa in crisi di ogni cultura "dogmaticamente orientata", come quella dell'esclusivo ceto accademico dei giuristi di *civil law*.

5. *Dalla dogmatica classica a quella moderna, a quella post-costituzionale, mera componente, e non sinonimo, della scienza penale*

Le età sommariamente descritte nelle pagine che precedono sono ancora rappresentate, esistono tutt'oggi, compreso il tecnicismo nella versione originaria, ma sempre "moderna", di Rocco che, ancora di recente, è apparsa agli storici esprimere una declinazione attendibile e corretta dei collegamenti tra ermeneutica penale e apporti delle altre scienze⁵³, e viene talvolta esaltata da indiscussi Maestri del diritto penale come il vero metodo del penalista⁵⁴. Tutte quelle età, peraltro, sono state in qualche misura sopravanzate rispetto alle stagioni più paradigmatiche e classiche del loro sviluppo.

Ciò che è accaduto immediatamente dopo la crisi del connubio tra dogmatica e politica criminale, non è tanto la percezione dell'irraggiungibilità degli

⁵³ Il riferimento corre in particolare alla "riabilitazione" del tecnicismo prospettata da M. SBRICCOLI, *La penalistica civile*, cit., 217 ss., spec. 221; ID., *Le mani nella pasta*, cit., 845 s., e qui anzi il giudizio circa la "provvidenzialità" del tecnicismo per liberare il metodo da orpelli pseudoculturali e nefaste semplificazioni positiviste che, nelle mani di quell'ideologia, avrebbero prodotto esiti disastrosi. Viceversa, proprio l'autonomia del metodo giuridico rispetto al potere politico lo avrebbe preservato da eccessive ingerenze. Per una diversa, ma parallela riabilitazione del giuspositivismo dalle accuse di avere favorito l'affermazione del nazionalsocialismo, v. ora I. ORTIZ DE URBINA GIMENO, *La excusa del positivismo*, Aranzadi, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, 67 ss.

⁵⁴ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen.⁸, Giuffrè, Milano, 2003, 100 ss.; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., 1 ss. Diversamente accentuata nel senso di una dogmatica moderna, e non più classica, ci pare tuttavia la più recente posizione di Pagliaro: A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2007, 1-6.

obiettivi della c.d. scienza penale integrale⁵⁵, oppure la difficoltà della razionalizzazione della politica criminale o di un dialogo fondante tra idea dello scopo e categorie tecniche, interpretative etc. È invece accaduto che è entrata in crisi la stessa dogmatica penale che attribuiva al ceto dei giuristi accademici un ruolo privilegiato nel farsi interpreti accettati e riconosciuti del diritto: proprio quella che per Arturo Rocco rappresentava “la” scienza penale per antonomasia; che ha costituito ora il nocciolo, ora una componente essenziale di quella “scienza” anche per (citando Autori ormai classici per opere manualistiche o scritti sul tema) Giacomo Delitala⁵⁶, Giuseppe Bettiol⁵⁷ e Pietro Nuvolone⁵⁸, per Filippo Grispigni⁵⁹, Giuseppe Maggiore⁶⁰, Raul Alberto Frosali⁶¹, Remo Pannain⁶²,

⁵⁵ Se tra la posizione *teorica* di Rocco e quella *pratica* di von Liszt, non ci fu mai una grande distanza (anche se il tecnicismo è stato visto, storicamente, come avversario della scienza penale integrale, Liszt come giurista professava una dogmatica logico-formale con istanze garantiste, separando nettamente dogmatica e politica criminale), i contributi riguardanti l'ingresso di maggiori saperi nel discorso giuridico sono sempre stati l'apporto di una minoranza (gli scritti dedicati specificamente al tema, da sempre riproposto come nuovo compito, sono ben pochi nel corso del Novecento). Sul punto si fa rinvio a un nostro scritto in corso di pubblicazione: *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*.

⁵⁶ Cfr. per es. G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Cedam, Padova, 1930; ID., *Scienza giuridica e realtà*, cit.

⁵⁷ G. BETTIOL, *Diritto penale*¹⁰, parte gen., Cedam, Padova, 1978, 55 ss., 80 ss.; ID., *Sistema e valori del diritto penale*, cit.; ID., *Indirizzi metodici nella scienza del diritto penale* (1947), in ID., *Scritti giuridici*, cit., vol. II, Cedam, Padova, 1966, 718 ss.

⁵⁸ P. NUVOLONE, *Introduzione a un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, 166 ss.; ID., *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, cit., 151 ss.; ID., *Natura e storia nella scienza del diritto penale*, già in *Riv. it. dir. pen.*, 1951, poi in ID., *Trent'anni di diritto e procedura penale*, vol. I, cit., 189 ss.; ID., *Brevi note metodologiche in tema di scienza del diritto penale* (1952), *ibidem*, 207 ss.; ID., *Il sistema del diritto penale*², Cedam, Padova, 1982.

⁵⁹ F. GRISPIGNI, *Dritto penale italiano*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1952, 3 ss., (e qui a p. 5 la definizione: “La dommatica giuridico penale (o scienza del diritto penale in stretto senso)”); vol. II, Giuffrè, Milano, 1952, V ss., con particolare accentuazione del carattere astratto e formale della dommatica, e netta separazione (di rigorosa matrice lisztiana) rispetto alle scienze empiriche, sociologiche etc., con un connubio pieno di tecnicismo dogmatico, da un lato, e positivismo criminologico “separato”, dall'altro. V. pure ID., *La dommatica giuridica e il moderno indirizzo nelle scienze criminali*, in *Riv. dir. pen.*, 1920, I, 23 ss.

⁶⁰ G. MAGGIORE, *Dritto penale*, vol. I, parte gen., tomo I³, Zanichelli, Bologna, 1949, 41 ss., e qui una delle introduzioni manualistiche storicamente più consapevoli e ancora istruttive rispetto alla dogmatica giuridica (intesa ancora) come scienza in senso proprio.

⁶¹ R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano*, vol. I, Utet, Torino, 1958, 69 ss, 75 ss.

⁶² R. PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, vol. I², Utet, Torino, 1950, 42 ss. (e qui il giudizio, a p. 44: “l'unico metodo consentito per la scienza del diritto è il metodo tecnico-giuridico”), con trattazione aderente al sistema del codice penale vigente, sistematicamente bipartita.

Silvio Ranieri⁶³, Biagio Petrocelli⁶⁴, Alessandro Malinverni⁶⁵, per Tullio Delogu⁶⁶, e quindi per Giuliano Vassalli⁶⁷, Renato Dell'Andro⁶⁸, per Marcello Gallo⁶⁹ e per Franco Bricola⁷⁰, continuando con gli Autori di manuali ormai consoli-

⁶³ S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, vol. I, parte gen.³, Cedam, Padova, 1956, 11 ss.

⁶⁴ B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1941, 14 ss., riprendendo la distinzione jheringhiana (*Geist des römischen Rechts*, Bd. I, § 52) tra giurisprudenza inferiore (esegetico-interpretativa) e superiore (dogmatico-sistematica); ID., *Riesame degli elementi del reato*, in *RIDPP*, 1963, 337 ss.

⁶⁵ A. MALINVERNI, *La scuola dogmatica del diritto penale*, cit., *passim*.

⁶⁶ Di grande interesse, sul tecnicismo e il suo ideale di scienza (v. i lavori su tentativo, consenso dell'avente diritto, la legge penale e la sua applicazione), soprattutto l'intervista del 2006 al prof. Delogu condotta da Orlando Humberto de la Vega Martinis e Miguel Polaino Orts, reperibile sul web <http://foros.uexternado.edu.co/econstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/975/925>; v. pure T. DELOGU, *L'elemento politico nel codice penale*, cit., 161 ss.

⁶⁷ Basti ricordare alcuni scritti fondamentali su principi costituzionali, fatto, antiggiuridicità, colpevolezza, pena e non punibilità: G. VASSALLI, *I principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *RIDPP*, 1991, 699 ss.; ID., *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista "Giurisprudenza costituzionale"* per il cinquantesimo anniversario, a cura di A. Pace, Giuffrè, Milano, 2006, 1021 ss.; ID., *Il fatto negli elementi del reato*, in *Studi Delitala*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1984, 1641 ss.; ID., *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, in *Fest. Jescheck*, Bd. I, Duncker & Humblodt, Berlin, 1985, 427 ss.; ID., voce *La colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, VI, Istituto Treccani, Roma, 1988, 1 ss.; ID., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *RIDPP*, 1961, 297 ss.; ID., voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. Dir.*, VI, 1960, 609 ss.

⁶⁸ R. DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, cit., 173 ss.; v. pure "in action", tra gli esempi della sua produzione: ID., *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1956; e poi il periodo straordinario della permanenza alla Corte costituzionale.

⁶⁹ Prima della sua stagione costituzionalistica, cfr. M. GALLO, *La teoria dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, già in *Studi Urbinati*, 1948-49, 1949-50, poi Giuffrè, Milano, 1967, *passim*, e qui, nonostante una raffinatissima analisi condotta "alla pari" con le teoriche d'oltralpe fino a Welzel, la censura circa la peculiarità della dommatica tedesca dopo gli inizi del Novecento (quando avrebbe raggiunto il punto più alto con la distinzione tra elemento oggettivo/fatto ed elemento soggettivo/colpevolezza) di muoversi "su una linea contrassegnata da un concettualismo sempre più esasperato" (*ivi*, 8); ID., voce *Dolo* (dir. pen.), in *Enc. Dir.*, XIII, 1964, 750 ss.; ID., *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano, 1951.

⁷⁰ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 12 ss.; ID., *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, cit., 3 ss.; ID., *Introduzione a F. Carrara, "Programma del corso di diritto criminale"* (1993), raccolto nel volume F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 291 ss., e qui anche la *Presentazione* di A. GAMBERINI e G. INSOLERA.

dati, Luciano Pettoello Mantovani⁷¹, Roland Riz⁷², Carlo Fiore⁷³, Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini⁷⁴, Antonio Pagliaro⁷⁵, Giovanni Fiandaca e Enzo Musco⁷⁶,

Al di là delle stagioni politico-criminali etc., l'ideale di una scienza penale a connotazione anche dogmatica e comparata (in senso moderno, post-costituzionale) rimase sempre fortissima nell'opera e nell'insegnamento di Franco Bricola, come anche l'aderenza rigorosa al dato positivo. V. pure *infra*, nota 138.

⁷¹ L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica: 1961-1983 contro dogmi ed empirismi*, Giuffrè, Milano, 1983 (prima ed. Cedam, Padova, 1961), che contiene una significativa critica di un empirismo politico-criminale disgiunto da analisi scientifiche, anche criminologiche. V. pure ID., *Pensieri sulla politica criminale*, in RIDPP, 1998, 22 ss.

⁷² R. RIZ, *Lineamenti di diritto penale*, parte gen.⁴, Cedam, Padova, 2002, 8 s., 61 ss., e qui, alle pp. 63-65, una istruttiva riflessione teorica, processuale e personale sul rapporto fra bipartizione e tripartizione quale esempio paradigmatico del possibile significato pratico o meno di alcune analisi del sistema penale.

⁷³ C. FIORE/S. FIORE, *Diritto penale*, parte gen.³, Utet, Torino, 2008, 10 ss., 42 ss., 147 ss.; v. pure C. FIORE, *L'azione socialmente adeguata in diritto penale*, Morano, Napoli, 1966.

⁷⁴ Più che scritti *ad hoc* sulla scienza penale o il metodo (a parte comparazione e politica criminale), *exempla docent*, nel senso di una scienza giuspositivistica, ma costituzionalmente orientata anche alla politica criminale e fortemente marcata dal confronto, pur molto dialettico, con la tradizione sistematica d'oltralpe: G. MARINUCCI, *Il reato come 'azione'. Critica di un dogma*, Giuffrè, Milano, 1971; ID., *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in G. MARINUCCI/E. DOLCINI, a cura di, *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, 177 ss. (anche in in RIDPP, 1983, 1190 ss.); ID., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, 463 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in RIDPP, 1994, 333 ss.; ID., *Note sul metodo della codificazione penale*, *ivi*, 1992, 385 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2003, e qui, 663 ss., una inequivoca dichiarazione di fede dogmatica sul significato scientificamente "vincolante", per interprete e giudice, di una sistematica "a gradini", ad avviso degli AA. quadripartita.

⁷⁵ Uno dei pochi dogmatici 'puri' della seconda metà del Novecento. V. la raccolta degli "Scritti" in 4 voll. Giuffrè, 2008. In sintesi, A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, parte gen.⁸, cit., 100 ss.; con significative diversità di accento, verso un connubio tra Costituzione e dogmatica giuridica classica, ID., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, cit., 1-6.

⁷⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, parte gen.⁶, Zanichelli, Bologna, Roma, 2010: un testo che, dai primi anni '80, ha realizzato esemplarmente una sintesi originale tra una dogmatica moderna postcostituzionale e una sistematica dialogica col dibattito internazionale e saperi extragiuridici. Cfr. sul metodo tecnico-giuridico le pp. XXXI-XXXV. V. pure ID., *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in RIDPP, 1994, 23 ss.; G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 13 ss.; ID., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in DPP, 2001, 137 ss. e *infra*, la nota 125; cfr. pure E. MUSCO, *La riforma del sistema sanzionatorio*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci e Dolcini, cit., 420: "senza il supporto della "scienza" non si fa politica: una buona scienza è presupposto essenziale di una buona politica".

Mario Romano⁷⁷, Tullio Padovani⁷⁸, Domenico Pulitanò⁷⁹, Francesco Palazzo⁸⁰.

⁷⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I³, Giuffrè, Milano, 2004, Pre-Art. 39 e *passim*, dove la struttura sistematica di questo Commentario rende palese, anche se non è affrontato il profilo epistemologico della scienza penale, che sono essenziali al carattere scientifico della ricerca e anche della didattica penalistica i due momenti della dogmatica classica e di quella moderna, nel significato qui illustrato nel testo.

⁷⁸ T. PADOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁸, Giuffrè, Milano, 2006 (vale anche in questo caso un giudizio analogo a quello testé espresso per il Commentario di M. Romano). Non ci risulta che l'A. abbia dedicato studi *ad hoc* a questioni metodologiche, ma vale molto di più l'esempio di una produzione larghissima, dove aderenza al testo, storia, comparazione e analisi critica continuano a basarsi su un nucleo non sostituibile di conoscenze tecnico-giuridiche aggiornate alla Costituzione, ma anche a una distinzione rigorosa e diremmo classica tra *ius positum*, razionalità delle leggi e politiche di riforma, e dunque tra dogmatica positiva, scienza della legislazione e politica criminale. V. comunque ID., *Le ipotesi speciali di concorso di persone nel reato*, Giuffrè, 1973; ID., *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in RIDPP, 1973, 554 ss.; ID., *Alle radici di un dogma. Appunti sull'origine dell'antigiuridicità obiettiva*, *Ibidem*, 1983, 532 ss.; ID., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, *ibidem*, 1987, 798 ss.; ID., *Il binomio irriducibile*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di Marinucci, Dolcini, cit., 421 ss.; ID., *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, 55 ss.; ID., *Il legislatore a scuola dalla Ragione*, in RIDPP, 1985, 706 ss.; ID., *Il traffico delle indulgenze*, *ivi*, 1986, 398 ss. ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma*, *ivi*, 1992, 419 ss.

⁷⁹ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, parte gen.³, Giappichelli, Torino, 2009, e qui, alle pp. 58-95, un intero capitolo sulla scienza del diritto penale, e una critica delle concezioni "autoritarie" della dogmatica, ma anche della scienza giuridica quale conoscenza del solo diritto positivo (*ivi*, 60), oltre a un impianto analitico (tripartito classico à la Delitala) più aderente al valore dei diritti, ai problemi delle istituzioni e ai principi costituzionali, che non alla costruzione 'sistematica' della materia; ID. voce *Politica criminale*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 73 ss.; ID., *Quale scienza del diritto penale?*, in RIDPP, 1993, 1209 ss.; ID. *Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi*, *ibidem*, 2003, 108 ss., e qui un'istruttiva polemica con S. Moccia e altri proprio sul tema del carattere conoscitivo della scienza giuridica, sulla sua libertà dal diritto positivo e sui pretesi vincoli della dogmatica per il legislatore. V. peraltro il relativo scritto di Moccia, cit. *infra*, nota 81. V. pure *infra*, note 125, 134.

⁸⁰ F. PALAZZO, *Diritto penale*, in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1997, 311 ss.; ID., *Corso di diritto penale*, parte gen.³, Giappichelli, Torino, 2008, dove si registra una sintesi tra neocostituzionalismo penale e un'aggiornata sistematica postwelzeliana, senza nessuna esasperazione analitica, ma chiaramente nel solco di una tradizione scientifica corrispondente a quella che si è definita dogmatica moderna. Di notevole rilevanza, per il tema qui trattato, è poi F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, dove nel cap. I (18 ss.) si trova un'esposizione molto istruttiva delle ragioni della ripresa del metodo comparato dopo la "parentesi" del tecnicismo giuridico in Italia, con valutazione critica circa la massiccia opera di importazione 'dogmatica' (di tipo non comparatistico in sé) della dottrina tedesca realizzatasi con la pubblicazione del libro di G. Delitala su "Il fatto nella teoria generale del reato" del 1930.

La continuità non interrotta di un filo rosso di sapere dogmatico classico e moderno è pure presente *presso la maggior parte degli allievi degli Autori prima menzionati*, ai quali soprattutto va il nostro pensiero mentre non possiamo ancora catalogarli: perché saranno loro a dirci se le direzioni che stiamo indicando, descrittivamente prima che prescrittivamente, subiranno modifiche o rivoluzioni. È già rimarchevole, a tale riguardo, che diverse generazioni formatesi durante la stagione d'oro dell'abbraccio tra dogmatica e politica criminale costituzionale, quella di 'beni' e tecniche di tutela, abbiano seguito stili differenti⁸¹: vuoi compendiando metodo comparato, dogmatica, criminologia e scienza della legislazione⁸², vuoi rinnovando, in numerose produzioni suc-

⁸¹ Per es. S. MOCCIA, *Politica criminale e riforma del sistema penale. L'Alternativ-Entwurf e l'esempio della Repubblica Federale tedesca*, Jovene, Napoli, 1984; ID., *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 17 ss., 26 ss., e qui l'accusa al tecnicismo di avere espunto il momento sanzionatorio dalla teoria del reato, che avrebbe imposto soluzioni e stili sostanzialistici e teleologici ad esso estranei (*ivi*, 20 s.); nonché ID., *Euforia tecniciste nel laboratorio della riforma del codice penale*, in RIDPP, 2002, 453 ss., e qui un'interessante discussione su possibili riedizioni del tecnicismo giuridico oggi (in polemica con D. Pulitanò), e sui vincoli della scienza sulla legislazione. V. pure L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Napoli, 1984. ID., *Su teoria e prassi del rapporto tra diritto penale e criminologia*, in *Studi urbinati*, 1980-81/1981-82, 399 ss.; G.V. DE FRANCESCO, *Il «modello analitico» fra dottrina e giurisprudenza: dommatica e garantismo nella collocazione sistematica dell'elemento psicologico del reato*, in RIDPP, 1991, 107 ss.; ID., *Sulla misura soggettiva della colpa*, in SU, 1977/78, 273 ss.; ID., *La proporzione nello stato di necessità*, Jovene, Napoli, 1978, 53 ss.; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Comunità europee e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1989; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, 1987, 770 ss., 788 ss., 806 ss.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Diritto penale e Costituzione*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I³, a cura di G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI, Giappichelli, Torino, 2006; S. PROSDOCIMI, *Profili penali del postfatto*, Giuffrè, Milano, 1982; ID., *Dolus eventualis*, Giuffrè, Milano, 1993; M. RONCO, *Il reato*, 2 I, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di M. Ronco, Zanichelli, Bologna, 2006, 59 ss.; ID., *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Tricerrì, Torino, 1979; G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, 2004; ID., *Variazioni penalistiche alla luce dell'esperienza comparata*, in RIDPP, 1997, 233 ss.; ID., *Funzioni della pena e limiti della coercizione*, in *Quad. fior.*, 2007, 611 ss.; ID., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in RIDPP, 1988, 158 ss.; ID., *Opus illicitum*, *ivi*, 1993, 994 ss.; ID., *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, *ivi*, 1996, S. 21 ff.; ID., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*; A. MANNA, *Corso di diritto penale, parte gen.*, Cedam, Padova, 2007, 8 ss., 16 ss.; ID., *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Cedam, Padova, 1989; ID., voce *Trattamento medico-chirurgico*, in *Enc. Dir.*, XLIV, 1992, 1281 ss.; ID., *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione*, Giappichelli, Torino, 1997.

⁸² Per es. C.E. PALIERO, «Minima non curat praetor». *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, per l'espressione di sintesi tra dog-

cessive, stagioni classiche di autoriconoscimento scientifico in una riflessione dogmatico-comparata molto impegnata⁸³.

matica, comparazione, politica criminale, criminologia, scienza della legislazione; ID., *Il principio di «effettività» del diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, I, Giuffrè, Milano, 1991, 395 ss., per l'aspetto centrale del metodo della scienza della legislazione. G. FORTI, *Colpa ed evento in diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Cortina, Milano, 2000, e qui, alle pp. 33 ss., 101 ss., sui rapporti fra diritto penale, dogmatica, politica criminale e criminologia; ID., «*Praeparatione opus est?*». *Il difficile equilibrio tra «regole» e «contenuti» nella riforma del codice penale*, in STILE, a cura di, *La riforma della parte generale*, cit., 109 ss.

⁸³ S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano, 1987, dove l'analisi storica e comparata conduce in modo esemplare alla relativizzazione dei modelli dogmatici nella costruzione della partecipazione al reato, e nonostante ciò si vede nella teoria della partecipazione "il banco di prova dell'intera dogmatica penalistica" (*ivi*, 438, esattamente come riteneva Hans Welzel), e le concrete acquisizioni dello studio sono peraltro presentate come un vincolo per il legislatore: "Caesar ne supra gramaticos", così si conclude lo studio di Seminara. (*Op. cit.*, 442, nota, e testo relativo). Proseguendo con AA. più o meno omogenei sul piano generazionale (anche a chi scrive), v. per es. L. PICOTTI, *Il dolo specifico*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Diritto penale comunitario e Costituzione europea*, in *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Giuffrè, Milano, 2005, 325 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988; ID., *Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva europea*, in RIDPP, 2001, 411 ss.; ID., *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, *ivi*, 1995, 758 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1993; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in RIDPP, 1999, 86 ss.; ID., *Ideologie punitive e tecniche di normazione del diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2002, 845 ss.; ID., *Il marchio indelebile della nuova recidiva. Commiato dal diritto penale del fatto?*, in *Critica dir.*, 2006, 171 ss.; A. R. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Jovene, Napoli, 1989; ID., *Offene und verschleierte Individualisierung im Rahmen des Fahrlässigkeitsdelikt*, in *Goldtdammer's Archiv*, 1993, 495 ss.; A. CASTALDO - M. NADDEO, *Denaro sporco*, Cedam, Padova, 2010; S. CANESTRARI, *Il delitto preterintenzionale*, Cedam, Padova, 1989; ID., *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Giuffrè, Milano, 1999; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in RIDPP, 2001, 906 ss.; ID., *Procreazione medicalmente assistita e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 1293 ss.; G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità in diritto penale*, Cedam, Padova, 1990; ID., *Per un diverso inquadramento delle ipotesi di desistenza e recesso in un nuovo codice penale* in RIDPP, 1994, 1336 ss.; ID., *Sfide e conquiste della comparazione penalistica*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 265 ss.; ID., *Brevi note sul metodo interpretativo del giudice penale e sulla funzione dogmatica della giurisprudenza*, in *Le discrasie fra dottrina e giurisprudenza nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Jovene, Napoli, 1991, 247 ss.; ID., *Brevi riflessioni sul rapporto fra ragionamento retorico e decisioni del giudice penale* in G. FERRARI - M. MANZIN (a cura di), *La retorica fra scienza e professione legale: questioni di metodo*, Giuffrè, Milano, 2004, 311 ss.; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato*, Cedam, Padova, 2000: esempio paradigmatico di dogmatica e scienza della legislazione storico-comparata, testimonianza di tutta la tradizione accademica di cui si parla nel testo; M. CATENACCI, *La tute-*

Se talora si accentuano i profili di scienza della legislazione, di “scienza penale integrale”, o di europeismo giuridico⁸⁴; se, con gli anni, anche qui è già possibile per molti individuare diverse stagioni⁸⁵, nondimeno esistono tratti

la penale dell'ambiente, Cedam, Padova, 1996; ID., «Beni» e «funzioni» oggetto di tutela nella legge Merli sull'inquinamento delle acque, in *RTDPE*, 1996, 1219 ss.; ID., *Legalità e “tipicità del reato” nello Statuto della Corte penale internazionale*, Giuffrè, 2003; C. DE MAGLIE, *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico-criminale*, Giuffrè, Milano, 1991; ID., *L'etica e il mercato*, Giuffrè, 2002; ID., *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, Pisa, 2010.

⁸⁴ Per es. A. ALESSANDRI, *Riflessi penalistici dell'innovazione tecnologica*, Giuffrè, Milano, 1984; ID., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010; G. GRASSO, R. SICURELLA, a cura di, *Per un rilancio del progetto europeo*, Giuffrè, Milano, 2008; A. BERNARDI, “Principi di diritto” e diritto penale europeo, in *Annali Univ. Ferrara*, 1988, 75 ss.; ID., *Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, 485 ss.; ID., “Riserva di legge” e fonti europee in materia penale, in *Annali Univ. Ferrara*, 2006, 1 ss.; ID., *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost.*, 2009, 43 ss.; ID., *La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas*, in *Rev. penal*, 2011, 15 ss.; L. PICOTTI, a cura di, *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 1999; ID., a cura di, *Il Corpus Juris 2000*, Cedam, Padova, 2004; A. CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. II, Cedam, Padova, 1988: l'A. segue un indirizzo dove storia, comparazione, dogmatica e politica criminale, nonché scienza della legislazione sono condensate in un'espressione attenta al momento applicativo per la successiva evoluzione verso una scienza penale sempre comparata, ma fortemente aperta alla dimensione giurisprudenziale del diritto; ID., *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, Torino, 1999; ID., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*², Cedam, Padova, 2004; M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *Libertà sessuale e tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Nuovi orizzonti dei delitti contro il patrimonio nella circonvensione d'incapace e nell'usura*, Giappichelli, 2010, tutti studi dove il metodo integrato fra dogmatica, criminologia, scienze sociali, si prospetta come affine a quello di una scienza penale integrale. In altri casi, accanto a lavori di taglio dogmatico impegnativo (punto di vista interno): L. EUSEBI, *Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *RIDPP*, 2000, spec. 1058 ss., 1071 ss., v. anche la delegittimazione del diritto penale come scienza (punto di vista esterno, che assume come paradigma di scienza quello naturalistico) in ID., *Il diritto penale non è una scienza*, in I. MARCHETTI - C. MAZZUCATO, *La pena 'in castigo'. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Vita e pensiero, Milano, 2006, XXXIII ss. Comparazione ed europeismo dispiegati, per es., in L. FOFFANI, *Infedeltà patrimoniale e conflitto di interessi nella gestione d'impresa*, Giuffrè, Milano, 1997; ID., *Die Untreue im rechtsvergleichenden Ueberblick. Festschrift Tiedemann*, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2008, 767 ss.; ID., *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale, dell'economia: le proposte del progetto “Eurodelitti” per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi Marinucci*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2006, 2321 ss.

⁸⁵ Lo stesso vale anche per chi scrive. Si rinvia soltanto, per un raffronto di stili diversi, ma compresenti, dove l'A. si riconosce, a M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Giuffrè, Milano, 1991; ID., *Il delitto contravvenzionale*, Giuffrè, Milano, 1993; ID., *Teo-*

comuni di formazione dove il legame con le radici della tradizione di pensiero dogmatico e comparato dei primi del Novecento è ancora ben saldo⁸⁶.

Quanto osservato sulla costante presenza di un nucleo qualificante (talora assorbente) di dogmatica come sapere scientifico per eccellenza, che nelle successive generazioni della letteratura italiana ha invece conosciuto accenti ben differenti (v. *infra*), vale poi, *ça va sans dire*, per tutti i principali esponenti della *Strafrechtswissenschaft* tedesca da Karl Binding⁸⁷, Ernst Beling⁸⁸ ad Hans Welzel⁸⁹, Hans-Heinrich Jescheck⁹⁰, fino a Claus

ria del reato. Una introduzione, Cedam, 1996; ID., voce *Teoria del reato*, cit.; ID., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit.; ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003; ID., a cura di, *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*, Cedam, Padova, 2000; ID., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010; ID., voce *Imputazione oggettiva dell'evento (dir. pen.)*, in *Enc. Dir. Annali* III, Giuffrè, 2010.

⁸⁶ Il peso specifico del momento dogmatico-sistematico, ovvero storico, del sapere penalistico conosce declinazioni ben diverse, per es., in opere manualistiche come quella di A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, parte gen.³, Cedam, 2007, 10 ss., con la corretta osservazione che la dogmatica “rappresenta uno dei vari strumentari o bagagli di conoscenza di cui la scienza penale si giova nell’ambito della sua multiforme funzione” (*ivi*, 13): qui nel quadro della “scienza penale” vengono quindi inclusi, diremmo in una pari gerarchia, oltre alla dogmatica, storia e comparazione giuridica, e politica criminale; oppure in S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, parte gen., Il Mulino, Bologna, 2007, 44 s., 263 ss., dove la scienza penale viene bipartita essenzialmente in dogmatica e politica criminale: manuale fra i più caratterizzati da un taglio sistematico oggi in Italia, in un quadro di dogmatica classica e moderna, orientata a Costituzione, politica criminale e sistematica postwelzeliana.

⁸⁷ K. BINDING, *Strafgesetzbuch, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältnis zueinander*, in *ZStW*, Bd. 1, 1881, 4 ss., 29: “La scienza...porta il lume e nella sua luce seguono giudici e legislatore!”. È il primo articolo del primo numero della storica *ZStW*.

⁸⁸ Basti leggere quali ‘vincoli’ la dogmatica poneva al legislatore, a suo avviso, per illustrare il significato scientifico cogente delle sue categorie: cfr. E. BELING, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung*, Rotschild, Berlin, Grunewald, 1922, 28 ss. (sulla priorità della costruzione del diritto penale rispetto a quello processuale penale, nonché dell’intero ordinamento extrapenale rispetto a quello penale, e dunque dell’antigiuridicità ‘generale’ sulla punibilità), 66 ss. (sul contenuto di colpevolezza del dolo).

⁸⁹ V. soltanto, *ex pluribus*, H. WELZEL, *Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre*, in *Jur. Schulung*, 1966, 421 ss.; ID., *Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, in *Erinnerungsgabe f. Max Grünbut*, Elwert Verlag, Marburg, 1965, 173 ss., 188 ss.; ID., *Die Dogmatik im Strafrecht*, in *Fest. Maurach*, Müller, Karlsruhe, 1972, 3 ss.

⁹⁰ H.-H. JESCHECK - T. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT⁵, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, 42: “momento centrale (Kernstück)” della scienza penale è la dogmatica penale”, pur in un quadro sicuramente orientato a una scienza penale integrale, alla criminologia, e al diritto penale come scienza sociale.

Roxin⁹¹, Günther Jakobs⁹² o Bernd Schünemann⁹³, senza indugiare in un elenco che potrebbe risultare ingestibile⁹⁴; idea condivisa dalla schiacciante maggioranza della letteratura di lingua spagnola, sia pur con diversità di accenti, da Luis Jiménez de Asúa⁹⁵ a Manuel Cobo del Rosal e Tomás Vives Antón⁹⁶ a José María Rodríguez Devesa e Alfonso Serrano Gómez⁹⁷, da Cerezo Mir⁹⁸ a Enrique Gimbernat Ordeig⁹⁹, da Enrique Bacigalupo¹⁰⁰ a Franci-

⁹¹ Basti rinviare al capitolo settimo del famoso manuale di C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, Beck, München, 2006, § 7.

⁹² V. da ultimo G. JAKOBS, *El derecho penal como disciplina científica*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2008, 11 ss., 13 ss., 21 ss., 101 s. e *passim*, che oggi reputa essenziale che ci si ponga il problema della legittimazione perché un approccio giuridico sia qualificabile come “scientifico”.

⁹³ B. SCHÜNEMANN, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2001, 205 ss., 216 ss.; ID., *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 1 ss.; ID., *Aufgaben und Grenzen der Strafrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert*, in *Fest. Herzberg*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 39 ss. (e qui qualche accento meno espressivo dell'orgoglio penalistico nazionale).

⁹⁴ Per un'autocelebrazione della scienza penale tedesca risalente a una decina di anni orsono, A. ESER - W. HASSEMER - B. BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Atti del Convegno di Berlino, 3-6 ottobre 1999, Beck, München, 2000. V. pure U. SIEBER, *Grenzen des Strafrechts*, cit., in *ZStW*, 119, 2007, 1 ss., spec. 49 ss.; J. VOGEL, *Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft*, in *Fest. Roxin*, de Gruyter, Berlin-New York, 2001, 105 ss.; M. MAIWALD, *Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart*, in BEHREND/S/HENKEL (Hrsg.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, 120 ss. v. pure, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, a cura di E. Hilgendorf, De Gruyter, Berlin 2010.

⁹⁵ L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, tomo I, Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, 79 ss., 85 (“la auténtica Ciencia del derecho penal es la dogmática”).

⁹⁶ Cfr. pure M. DEL ROSAL - T. VIVES ANTÓN, *Manual de derecho penal*, parte gen., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, 83 ss., per i quali la scienza del diritto penale è un sapere pratico e scienza dello spirito, culturale, normativa ed ermeneutica; v. peraltro T. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, 409 ss., e qui la conclusione (488): “Si he conseguido mi propósito, siquiera sea mínimamente, habrá quedado claro por qué la dogmática no puede ser ciencia; a saber, porque no trata de cómo hemos de concebir el mundo, sino de cómo hemos de actuar en él”.

⁹⁷ J.M. RODRÍGUEZ DEVESA - A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, parte gen.¹⁸, Dykinson, Madrid, 1995, 49 ss., 57 ss., 269 ss.

⁹⁸ J. CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, 62 ss., 77 s., dove dogmatica e politica criminale vengono unite nel concetto di scienza giuridico-penale.

⁹⁹ E. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1999; ID., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, in *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Jiménez de Asúa*, Ediciones Panedille, Buenos Aires, 1970, 495 ss.

¹⁰⁰ E. BACIGALUPO, *La ciencia del derecho penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu*, in *Libro Homenaje Beristain*, instituto Vasco de Crimino-

sco Muñoz Conde¹⁰¹, da Gonzalo Quintero Olivares¹⁰², a Santiago Mir Puig¹⁰³ a Jesús Silva Sánchez¹⁰⁴, ai penalisti della scuola di Barbero Marín Santos¹⁰⁵, a Diego-Manuel Luzón Peña¹⁰⁶ a Miguel Polaino Navarrete¹⁰⁷, a tanti altri in America Latina, da Sebastián Soler¹⁰⁸ a Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰⁹

logía, San Sebastián, 1989, 459 ss.; ID., *Principios de derecho penal*⁴, parte gen., Akal, Madrid, 1997, 27 ss.; ID., *Il metodo comparatistico e l'unità del diritto penale europeo*, in *Studi Marinucci*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, 3 ss.

¹⁰¹ F. MUÑOZ CONDE, *Geglückte und folgenreiche Strafrechtsdogmatik?*, in *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, cit., 199 ss.; ID., *Introducción al derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1975, 101 ss., 135 ss. (e qui la illustrazione della dogmatica penale quale "metodo" principale della scienza giuridico-penale); F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, parte gen.⁴, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, 208 ss. (e qui la dogmatica come "método empleado por el penalista para conocer el Derecho penal positivo").

¹⁰² G. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal. Reflexiones sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, spec. 125 ss. (v., per le rilevanti limitazioni del ruolo della dogmatica, quanto detto infra a nota 173). ID., *Parte general del Derecho penal*,² Thomson, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 187 ss.: "una mera «dogmatica giuspositivista», per quanto importante sia, non può pretendere di essere considerata una scienza, come invece si registrò con enfasi particolare presso i seguaci del tecnicismo giuridico italiano", ma "la dogmatica costituisce il *metodo irrinunciabile* per il penalista".

¹⁰³ S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, 173-276 (storia del metodo dogmatico, e qui 187 ss. sul tecnicismo italiano), 299 ss., 345 ss. in prospettiva attuale, fondendo dogmatica e politica criminale in una prospettiva "realista"; ID., *Derecho penal*, parte gen.⁸, BdF, Barcelona, Buenos Aires, 2010, 28 ss., dove compaiono come sinonimi scienza penale e dogmatica giuridico-penale, accanto all'espressione "scienza globale del diritto penale" nel significato onnicomprensivo di Liszt; ID., *Dogmática creadora y política criminal*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1978, 223 ss.

¹⁰⁴ J. SILVA SÁNCHEZ, *Straftatsystematik deutscher Prägung: Unzeitgemäß?*, in *Goldtdammer's Archiv f. Str.*, 2004, 679 ss.; ID., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 43-178 (cap. III); ID., *Política criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*, in *Libro Homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1997, 357 ss.

¹⁰⁵ I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE - L. ARROYO ZAPATERO - J. C. FERRÉ OLIVÉ - N. GARCÍA RIVAS - J. R. SERRANO PIEDECASAS - J. TERRADILLOS BASOCO, *Curso de derecho penal*, parte gen., Ed. Experiencia, Barcelona, 2004, 103 ss., 131 ss.

¹⁰⁶ D.M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal*, parte gen., I, Ed. Universitas, Madrid, 1996, 91 ss., 98 ss., e qui una chiara resistenza a fondere veramente dogmatica e politica criminale, perché la critica non è funzione della dogmatica, ma della politica criminale (*ivi*, 101): obiezione che peraltro non riteniamo di fare nostra, anche se diverse sono le conseguenze che il principio di legalità pone in sede dogmatica (anche alla politica criminale giudiziaria) e che non pone in sede di riforma: *infra*, § 6-7.

¹⁰⁷ M. POLAINO NAVARRETE, *Dercho penal*, parte gen., tomo I, Bosch, Barcelona, 2001, 59 ss., 64 ss.

¹⁰⁸ S. SOLER, *Derecho penal argentino*, P⁵, a cura di G.J. Fierro, Tea, Buenos Aires, 1987, 26 ss., 38 ss.

¹⁰⁹ Coltivando sempre, di volta in volta, punto di vista esterno e interno, cfr. E.R. ZAFFARONI,

a Juan Bustos Ramírez ed Hernán Hormazábal Malarée¹¹⁰ a Marcelo Sancinetti¹¹¹, Alfonso Reyes Echandía¹¹², da Fernando Velásquez¹¹³ a Nódier Agudelo Betancur¹¹⁴, da José Hurtado Pozo¹¹⁵ a Juan Fernández Carrasquilla¹¹⁶.

Anche gli Autori italiani che in passato sono sembrati più scettici verso certe esasperazioni astratte, concettualistiche e sistematiche della dogmatica penale di matrice tedesca, che meno ne assorbono lo spirito, da Vincenzo Manzini¹¹⁷ a Francesco Antolisei¹¹⁸, da Gaetano Contento¹¹⁹ a Federico

Teoría del delito, Ediar, Buenos Aires, 1973, 25 ss.; ID., *Política y dogmática jurídico-penal*, cit.; ID., *La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica*, in ID., *En torno del cuestión penal*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires, 2005, 97 ss., e la grande sistemazione concettuale in E.R. ZAFFARONI, *Derecho penal*, parte gen.², Ediar, Buenos Aires, 2005, 79 ss. (dove si illustra il metodo dogmatico come essenziale al sapere penalistico, che però non viene definito una "scienza").

¹¹⁰ J. BUSTOS RAMÍREZ - H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de derecho penal*, Trotta, 2004, con significativa elaborazione di un scienza penale integrale ispirata, oltre che a Liszt, a prospettive di A. Baratta. Le impostazioni di Baratta, peraltro, dopo ricerche della prima fase di studioso (per es. A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano, 1963), obbediscono a un punto di vista solo esterno (e perciò non vengono qui riferite), dove la criminologia critica, alla fine, indica al dogmatico il superamento del dogma dello stesso diritto penale (A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *Quest. Crim.*, 1979, 147 ss., 171 s.).

¹¹¹ M. A. SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

¹¹² A. REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, parte gen., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

¹¹³ F. VELÁSQUEZ V., *Derecho penal*, parte gen., Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, la cui prima parte, intitolata alla teoria della scienza del diritto penale, contiene un primo capitolo sulla dogmatica penale e i saperi penalistici (*ivi*, 30 ss.), dove la dogmatica penale in senso stretto viene trattata all'interno del tema più comprensivo della scienza penale integrale.

¹¹⁴ N. A. BETANCUR, *Curso de derecho penal*, Temis, Bogotá, 2007; ID., *Grandes corrientes del derecho penal*³. (*Escuela clásica*), Temis, Bogotá, 2002, 76 ss. (coniugando ideale carrariano e welzeliano di scienza giuridica).

¹¹⁵ J. HURTADO POZO, *Manual de derecho penal*, parte gen., Ed. jur. Griley 2005, 62 ss. e qui pagine davvero piane e istruttive.

¹¹⁶ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental I*³, Ed. G. Ibáñez, Bogotá, 2004, spec. 62 ss.

¹¹⁷ V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, cit., 2 s. sulla dogmatica come sinonimo di scienza giuridica, seguita peraltro dalla classica costruzione di un sistema aderente alla tradizione bipartita italiana e alla sistematica del codice vigente.

¹¹⁸ F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico*, cit., 16 ss.; ID., *Manuale di diritto penale*, parte gen.⁸, Giuffrè, Milano, 1975, 15 ss., 22 ss., con chiara esclusione del *ius condendum* dall'oggetto della scienza giuridica, per quanto realisticamente e teleologicamente orientata (*ivi*, 15). Ancora nel 1975, il classico manuale di Antolisei, rivisto già allora da Luigi Conti, chiudeva la parte di storia del metodo con la prolusione di Rocco e l'affermarsi del tecnicismo (*ivi* p. 28).

¹¹⁹ G. CONTENTO, *Corso di diritto penale*, vol. II, Laterza, Bari, 1996, 5 ss., 12 ss., e qui una precisazione di metodo rilevante, anche se (a seconda di come gestita) potenzialmente eversiva

Stella¹²⁰, ad altri contemporanei che hanno seguito analoghe direttrici, da Fabrizio Ramacci¹²¹, Sergio Vinciguerra¹²² a Ivo Caraccioli¹²³, pur secondo ma-

per la stessa costruzione dogmatica (che l'A. peraltro non ripudia), alla quale viene quindi consegnata una mera funzione conoscitiva: "qualunque sia la scelta [dogmatica], questa non deve mai influire sui risultati dell'interpretazione (e quindi dell'applicazione) delle norme. La costruzione, o l'elaborazione dogmatica, per concetti, degli istituti giuridici e, fra questi, innanzitutto, della struttura del reato, può infatti portare anche a conclusioni diverse: ma da tali differenze non può mai farsi derivare, *sic et simpliciter*, una diversa interpretazione delle singole norme. Se ciò accadesse si incorrerebbe nel peccato capitale di concettualismo giuridico". È di seguito: "La qualcosa non tende, tuttavia, a svalutare *in toto* gli studi di dogmatica. Questi, in quanto consentono una migliore intellegibilità complessiva del sistema sono sempre di grande utilità alla scienza giuridica, ma è sempre necessario evitare confusioni e interferenze fra i due piani di attività sui quali si volge l'opera del giurista onde assicurare nel massimo grado il rispetto del principio di sovranità della legge". Osserviamo al riguardo che *il problema del concettualismo*, in realtà, sorge quando è da meri concetti astratti che si deducono conseguenze normative staccate dal sistema e dalle norme stesse. Tuttavia, se le norme non sono di per sé concetti, prima di venire intese e interpretate, esse *devono tuttavia diventare concetti*, se si intende renderle operative in un discorso, e nel momento in cui diventano concetti (e non meri "ordini": cfr. la norma-valutazione *vs.* la norma-comando), da essi si deriveranno conseguenze.

¹²⁰ Le posizioni "antidogmatiche" di Stella discendono, più che da esplicite prese di posizione scientifiche, da discorsi personali o in pubblico, e da testimonianze degli allievi. Nondimeno, dalla sua ultima produzione, è emerso via via un atteggiamento di radicale sfiducia nel diritto penale, una progressiva accentuazione di prospettive incentrate su soluzioni scientifico-naturalistiche, su scienze non normative, ovvero soluzioni extrapenalì, con forte "decodificazione" del linguaggio dogmatico tradizionale in categorie epistemologicamente affrontabili in una dialettica processuale, probatoria, "alla americana", anziché in aristocratici tecnicismi "alla tedesca". V. per es. F. STELLA, *Giustizia e modernità*³, Giuffrè, Milano, 2003, 541 ss., 553, 577 ss.; ID., *La giustizia e le ingiustizie*, Il Mulino, Bologna, 2006, 223 ss.

¹²¹ F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*⁴, Giappichelli, Torino, 2007, 52-65: un manuale dalla sistematica molto italiana (bipartita), con un tecnicismo aggiornato alla Costituzione, ben distante da frequentazioni privilegiate del concettualismo di matrice tedesca, salvo aperture a criminologia e scienza penale integrale..

¹²² S. VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, vol. I, Cedam, Padova, 1999. Manuale anch'esso alieno (per quanto circoscritto al tema delle fonti e dell'interpretazione) dalla ricezione di impalcature sistematiche "alla tedesca" (v. anche il riferimento all'italianità, nel titolo), o da fusioni tra dogmatica e politica criminale, e che peraltro addebita al tecnicismo, ritenuto ancora imperante, la scarsa progettualità dei penalisti italiani e un'insensibilità etica fondata sull'*alibi* del diritto positivo (*ivi*, 287). Accanto a un'impostazione giuspositivistica si affianca un'apertura comparata di tipo conoscitivo-descrittivo (più che dogmatico), e una ricostruzione storica della legislazione penale, con un'attività straordinaria di traduzioni e pubblicazioni: v. soltanto, sul metodo, S. VINCIGUERRA, *Comparazione penale, dogmatica e politica del diritto penale in Italia al principio del XXI secolo*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2002, 241 ss.; per un inquadramento classico delle distinte collocazioni di criminologia, politica criminale e diritto penale (non 'fusi' reciprocamente) v. quindi S. VINCIGUERRA, A. ROSSI, *Principi di criminologia*³, Cedam, Padova, 2011, 165 ss., 169, 193 ss. e qui, in prospettiva storica, spec. Il cap. II, fino a Liszt.

¹²³ I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, parte gen.², Cedam, 2005, e qui un tecnicismo aggiornato alla Costituzione, che segue in buona sostanza la sistematica del codice, e si affianca

trici politico-culturali a volte ben diverse, da Carlo Federico Grosso, Guido Neppi Modona e Luciano Violante¹²⁴, da Luigi Ferrajoli alle più recenti evoluzioni di Domenico Pulitanò e Giovanni Fiandaca¹²⁵, a Ferrando Mantovani¹²⁶, a tanti altri, da Filippo Sgubbi¹²⁷ a Luigi Stortoni¹²⁸ e Gaetano Insole-

all'introduzione di capitoli moderni di significato politico-normativo attuale, di carattere di remmo postmoderno, sovranazionale o globale.

¹²⁴ C.F. GROSSO - G. NEPPI MODONA, L. VIOLANTE, *Giustizia penale e poteri dello Stato*, Garzanti, Milano, 2002, cit., dove a un forte taglio critico-costituzionale, orientato in senso politico-criminale, si affianca una classica trattazione dogmatica, di tradizione italiana, e di tipo più tecnico.

¹²⁵ Il contributo di Ferrajoli al diritto penale (da *Diritto e ragione*, cit. in poi) è chiaramente caratterizzato da una netta discontinuità con la tradizione scientifica di matrice tedesca, ma non certo da una assenza di "dogmatica". Oltre al reale *modus procedendi* del *Diritto penale* di PULITANÒ, cit. (rispetto alla monografia su "L'errore di diritto nella teoria del reato", Giuffrè, Milano 1976), pensiamo ad es. ai primi quattro capitoli di G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale*, Jovene, Napoli, 2003, o a G. FIANDACA, *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, in *Quest. giust.*, 1991, 13 ss., rispetto all'impianto molto più dogmatico del *Diritto penale* con E. Musco, o degli scritti sui reati di pericolo, su colpevolezza e prevenzione, causalità, fatto tipico etc. Ma quegli stili, in realtà, mi sembra che coesistano nel tempo, nel caso di Fiandaca (v. per es. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in *Indice pen.*, 2006, 945 ss.).

¹²⁶ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte gen.⁶, Cedam, Padova, 2009, 26 ss. (sul tecnicismo), 32 ss. (sulla situazione della scienza penale oggi), 101 ss.: a una originale sistemica costruita per principi (costituzionali) si accosta una dogmatica ancorata alla tradizione delle concezioni bipartite italiane, rivisitata alla luce di una sensibilità soprattutto teleologica e criminologica.

¹²⁷ V. *ex plurimis*, F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975; ID., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Giuffrè, Milano, 1980, entrambi rilevanti per un'impronta di analisi economico-politica del diritto, di matrice anche sociologica, in parte con tratti marxiani, unita a forti profili critico-costituzionali, che sorpassano ogni tentazione di tipo dogmatico tradizionale; ID., *Istituzioni di diritto penale*, dispense tratte dalle lezioni di F. Bricola, F. Sgubbi, N. Mazzacuva, Patron, Bologna, 1994, parte II; ID., *Il reato come rischio sociale*, Il Mulino, Bologna, 1990; ID., *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *RIDPP*, 2001, 1193 ss.; ID., *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *Giur. Comm.*, 2005, I, 340 ss. Il diritto è sempre oggetto di critica tecnica, costituzionale, politica, sociologica e quasi mai viene osservato da un punto di vista davvero interno. Il diritto che si costruisce, in tal modo, è un diritto-garanzia. Là dove il punto di vista diventa interno, la presupposta legittimazione del sistema appare inevitabile, ma il taglio ridiventa subito tecnico-interpretativo: cfr. F. SGUBBI - A. F. TRIPODI, voce *Abusi di mercato*, in *Enc. Dir., Annali II*, 2008, 1 ss. (estratto); ID., in C. PEDRAZZI - F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare* a cura di F. Galgano, - art. 216-227, Zanichelli, Bologna, 1995.

¹²⁸ V. soltanto lo 'stile' ricostruttivo di categorie potenzialmente molto dogmatiche in L. STORTONI, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *RIDPP*, 1984, 626 ss.; ID., *Premesse ad uno studio sulla «punibilità»*, in *RIDPP*, 1985, 397 ss.; ID., *L'introduzione nel sistema penale*

ra¹²⁹: anche costoro seguono, nei lavori scientifici più impegnati, i fondamentali della medesima tradizione, anche se la aggiornano alla Costituzione e a visioni di un giuspositivismo critico; gli stessi studiosi tedeschi che vanno da Karl Engisch ad Arthur Kaufmann, fino agli esponenti della Scuola di Francoforte in Germania¹³⁰, quelli che pensano “trasversalmente”, da Günther Artz¹³¹ a Klaus Volk¹³² a Thomas Vormbaum¹³³, per giungere ai penalisti ita-

dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive, in RIDPP, 1988, 1313 ss.; ID., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Cedam, Padova, 1981.

¹²⁹ G. INSOLERA, *L'associazione per delinquere*, Cedam, Padova, 1983; ID., voce *Concorso di persone nel reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, II, 1988, 437 ss.; nonché, sul significato di fare scienza (intesa soprattutto come scienza dei limiti del potere punitivo), ID., *Intervento*, in AA.VV., *Silente poenologi in munere alieno*, a cura di M. Pavarini, Monduzzi, Bologna, 2006, 157 ss.; ID., *Un diritto penale “fou”?*, in IUS17/unibo.it, n. 1/2008, 11 ss.

¹³⁰ Accostamenti non singolari: si consideri per es. la diretta discendenza maestro-allievo tra Karl Engisch, Arth. Kaufmann e W. Hassemer, la comune opzione per una sistemata o bipartita o comunque incentrata non su questioni o categorie astratte, ma su valutazioni sostanziali del nesso di rischio, dell'illecito e della colpevolezza, dei beni giuridici, del ruolo dell'interprete rispetto alla legalità astratta, dei rapporti con le scienze extragiuridiche, con una filosofia diversa da quella “eutanasia della filosofia del diritto” che fu la *allgemeine Rechtslehre* e la *allgemeine Verbrechenlehre* che la seguì. V. soltanto: K. ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Mohr, Tübingen, 1931; ID., *Vom Weltbild des Juristen*, Winter, Heidelberg, 1965; ID., *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*², C. Winter, Heidelberg, 1968; ID., *Sinn und Tragweite juristischer Systematik* (1957), in ID., *Beiträge zur Rechtslehre*, Klostermann, Frankfurt a. M. 1984, S. 88 ss.; ID., *Logische Überlegungen zur Verbrechenstheorie*, in *Fest. Welzel*, de Gruyter, Berlin-New York, 1974, 343 ss.; ARTH KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*² (1^a ed., 1961), Carl Winter, Heidelberg, 1976; ID. *Rechtsphilosophie*², Beck, München, 1997; ID., *Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse*, Beck, München, 1999. Su W. Hassemer v. la nota 169. Sulla “Scuola di Francoforte” non è qui possibile un approfondimento bibliografico. Si rinvia a quanto riportato in DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3570- 3573.

¹³¹ G. ARTZ, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tübingen 1976; ID., *Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt*, in *ZStW* 91 (1979) 857-887; ID., *Der Einfluss von Beweisschwierigkeiten auf das materielle Strafrecht*, in (Öst.) Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, Bd. 8, Wien, 1981, 77 ss.; ID., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenbergr und Publikationsflut*, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln 1989, S. 839-878. ID., *Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG*, in *ZStW*, 111, 1999, 757 ss.

¹³² K. VOLK, *Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit*, in *Festschrift Bockelmann*, Beck, München, 1979, 75 ss.; ID., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *ZStW*, 97 1985, 87 ss.; ID., *Lectio magistralis: Prolegomeni di una parte generale del diritto penale dell'economia* in: *Studi Urbinati*, 2004, 131 ss.; ID., *Che cosa voleva veramente Welzel. Riflessioni su origini e presupposti della sua dottrina* in: *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, a cura di S. Moccia, ESI, Napoli 2007, 163 ss.

¹³³ Di T. VORMBAUM, sul punto, v. soprattutto “*Politisches Strafrecht*”, in *ZStW*, 107, 1995,

liani di ulteriori generazioni, dagli orientamenti politici altrettanto variegati, via via fino ai *comparatisti post-dogmatici*, o *postdogmatici tout court*¹³⁴: tutti hanno quasi sempre coltivato *un nocciolo duro* di sapere di matrice dogmatica come parte essenziale e strutturale del discorso scientifico; un *background* che, magari più frequentemente connesso per alcuni a tradizioni italiane (ma anche d'oltralpe) di analisi bipartita, o di principi costituzionali e diffidenza per il concettualismo, talora di politica criminale, comparazione e critica del diritto, si è comunque conservato nel passaggio dalla *dogmatica classica*, cioè quella preconstituzionalistica, alla *dogmatica moderna*, che è quella del costituzionalismo e del connubio con la politica criminale.

Qui s'innesta una differenza che è il caso di evidenziare. Mentre il connubio tra dogmatica e politica criminale è rimasto anch'esso, come la dogmatica classica, un discorso essenzialmente elaborato da esponenti del sapere accademico, l'approccio costituzionalistico ha aperto una stagione pluralistica per gli attori giuridici: la Costituzione, infatti, interpella parimenti il legislatore, i giudici, gli avvocati e gli studiosi. Si tratta perciò di un metodo meno aristocratico e più discorsivo, dialettico, calato nella società giuridica e in tutte le sue istituzioni. Ma non ha inteso attuare nessun superamento dello stile dogmati-

734 ss., e qui *infra*, quanto detto al § 9; ID., *Aktuelles zur Lage des Strafrechts*, in *Fest. Tsatsos*, Nomos, Baden-Baden, 2003, 703 ss.; nonché i saggi raccolti in T. VORMBAUM, *Beiträge zur juristischen Zeitgeschichte*, Nomos, Baden-Baden, 1999; ID., *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*², Springer, 2010, 277-282.

¹³⁴ Pensiamo a posizioni o 'stili' di AA., per es., come Alessandro Bernardi, Luigi Foffani, Michele Papa, Alberto Cadoppi; o all'uso soprattutto argomentativo e politico-criminale di categorie dogmatiche da parte di Autori come Francesco Viganò e di altri di più giovani generazioni; alla preferenza per stili ricostruttivi argomentati da principi, sentenze e discipline, oltre che da considerazioni politico-criminali, anziché dogmatiche, in Autori già citati come Federico Stella, Giovanni Fiandaca, Domenico Pulitanò, Filippo Sgubbi, Gaetano Contento, Luigi Stortoni, Gaetano Insolera. Quando parliamo di «post-dogmatici» ci riferiamo a un *modus procedendi* che conosce le categorie della dogmatica e le utilizza solo o soprattutto come strumento di traduzione linguistica, come un pittore cubista che sappia ancora dipingere come un artista del rinascimento o del barocco: non perché quelle tecniche o quegli stili costituiscano veramente il 'suo' linguaggio espressivo, e che in realtà utilizza sempre di meno. La classificazione suggerita, dunque, nulla ha a che vedere con assenza di tecnica. Al contrario. Accade spesso che vi sia grande abilità tecnica (tecnico-giuridica!) presso giuristi non dogmatici, magari pratici, più che non presso studiosi dogmaticamente ferrati. La tecnica, di per sé, serve all'interpretazione. Ma l'interpretazione non basta per costruire un sistema. L'esito realistico di una posizione post-dogmatica conseguente potrebbe essere (ma non deve essere necessariamente) quello della rinuncia al concetto di sistema, ricondotto ad argomentazione, mediata dal perenne bilanciamento tra principi, norme e categorie.

co, quanto piuttosto integrarlo e rinnovarlo.

Non sono tuttavia bastati a evitare la ‘crisi della dogmatica’ (e talora ne sono sembrati un fattore eziologico), né l’approccio costituzionalistico, né l’avanzare di quell’altro orientamento che “allarga” il ventaglio degli attori della produzione scientifica del diritto, in quanto vede nella scienza penale integrale e nella comparazione, ma anche nella tecnica legislativa, nel dialogo tra saperi diversi, empirici (non solo criminologici) e normativi, una condizione decisiva per costruire e applicare lo stesso diritto penale in un contesto internazionale: dove saperi extrapenali e comparazione non hanno dunque una mera funzione *conoscitiva*, ma altresì *applicativa*, anche nel contesto di una rinnovata scienza della legislazione. Anche quest’orientamento che, sulle orme di von Liszt, ma ben oltre le sue “separazioni” disciplinari, annovera esponenti pur molto diversi come Hans-Heinrich Jescheck o Giorgio Marinucci (quanto a comparazione e scienza penale integrale accanto e dentro alla dogmatica classica)¹³⁵ e Winfried Hassemer (quanto a scienza penale integrale, dove rimane solo una struttura minimale e non certo primaria della vecchia scienza penale sistematizzante)¹³⁶, o come Cesare Pedrazzi¹³⁷ e Franco Bricola¹³⁸ in

¹³⁵ La *dogmatica comparata* è una sintesi peculiare, aliena dallo stile dei dogmatici classici (giuspositivisti o giusrazionalisti) – p.t. H. Welzel o M. Gallo – e dei comparatisti puri (antidogmatici) – p. t. R. Sacco –. La funzione applicativa della dogmatica comparata, nell’esempio di Jescheck, ma ancor più sviluppata nelle ricerche di molti penalisti in Italia, è comunque rimasta, fino a oggi, del tutto estranea alla dottrina penale tedesca contemporanea.

¹³⁶ W. HASSEMER, Vor § 1/1 ss., 33 ss., 227 ss., 243 ss. in *Nomos Kommentar zum StGB*, Nomos, Baden-Baden, 1995; ID., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 155 ss., 176 ss.; ID., “*Sachlogische Strukturen*”: noch zeitgemäß?, in *Fest. Rudolphi*, Luchterhand, Neuwied, 2004, 61 ss.; ID., *Konturen einer gesamten Strafrechtswissenschaft heute*, in *Fest. Eser*, Beck, München, 2005, 115 ss.; ID., *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*², Beck, München, 1990, spec. 92 ss., 200 ss. (e qui una difesa di dogmatica penale e sistematica); ID., *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Ullstein, Berlin, 2009, 60 ss.

¹³⁷ C. PEDRAZZI, *Apporto della comparazione alle discipline penalistiche* (già in AA.VV., *L’apporto della comparazione alla scienza giuridica. Studi di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1980, 169 ss., poi) in ID., *Diritto penale. I. Scritti di parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, 541 ss., spec. 545 s. (sull’uso che in Italia si è fatto della dottrina tedesca, recepita ‘dogmaticamente’ e non in senso autenticamente comparato, cioè relativizzandone storicamente i prodotti culturali); ID., *La “cultura” delle riviste giuridiche italiane* (già in *Quaderni fiorentini*, 1984, 71 ss.) in ID., *Diritto penale. Scritti*, cit., 557 ss., e qui (558) l’idea che il tecnicismo giuridico abbia “da tempo esaurito il suo ciclo vitale”; ID., *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Atti del Convegno «AREL» del 17 marzo 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 17 ss.

¹³⁸ I principali scritti di Bricola che contengono vere indagini comparate, e anche quelli che profilano soluzioni più dogmatiche, utilizzano la comparazione in senso relativizzante, storico,

Italia (quanto a uso critico e non dogmatico della comparazione, dei principi e di saperi extragiuridici, anche in funzione di costruzione dei beni protetti e tecnica legislativa), e ha avuto un largo seguito presso moltissimi penalisti italiani sino a tempi recenti¹³⁹, da un lato è sempre stato un discorso rimasto per moltissimo tempo interno alla cultura accademica, dall'altro non ha quasi mai rinnegato la presenza e l'utilità (magari integrativa, parziale) di una struttura dogmatica nel discorso giuridico del penalista. Molti di quei comparatisti, infatti, hanno adottato a lungo, a volte nel corso di tutta la loro attività scientifica, un'impostazione di dogmatica comparata, e non di comparazione antidogmatica. Hanno utilizzato, cioè, linguaggi diversi, ma non escludentisi.

6. La "crisi" della dogmatica, oggi

Crisi della dogmatica (una crisi peraltro positiva, a nostro avviso) significa oggi almeno tre cose:

1) che la dogmatica classica, e anche quella moderna a orientamento politico-criminale, di matrice accademica, non è più il sinonimo della scienza giuridico-penale, ma rappresenta solo un linguaggio, una componente del discorso

senza riferimenti a ordinamenti-modello o a tradizioni-modello di tipo concettualistico o destoricizzato: cfr. per es. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Giuffrè, Milano, 1961, spec. il cap. I; ID., *Profili penali della pubblicità commerciale*, in *RIDPP*, 1965, 722 ss., poi in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, 2171 ss.; ID., *Il diritto penale dell'impresa pubblica. Elementi per una comparazione* (già in *Scritti A. Graziani*, v. I, Morano ed., Napoli, 1968, 159 ss., poi) in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, 2841 ss.; ID., *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *RIDPP*, 1970, 951 ss. (anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo II, cit., 2977 ss.

¹³⁹ Ogni enumerazione è anche qui un'omissione: da Enzo Musco a Giovanni Fiandaca, a Federico Stella a Emilio Dolcini, da Lucio Monaco a Sergio Moccia a Carlo Enrico Paliero, Gabrio Forti, Marta Bertolino e Luciano Eusebi, per es., per quanto riguarda la c.d. scienza penale integrale; da Francesco Palazzo a Tullio Padovani a C.E. Paliero a Luigi Foffani, quanto all'integrazione fra metodo comparato e problemi di tecnica legislativa. E poi, per il metodo comparato in generale, si considerino tutte le generazioni di penalisti italiani (oltre il centinaio di persone sicuramente, tra professori e giovani studiosi) che hanno condiviso l'esperienza del Max Planck a Friburgo in Brisgovia, fino alle più giovani generazioni, oppure con esperienze analoghe altrove, in Germania, in Austria, in Spagna, in Francia, nella UE in genere, o in Paesi di *common law*. Tra questi, peraltro, quasi tutti conservano il linguaggio dogmatico come una struttura centrale e costante, o comunque non sostituibile, del discorso scientifico, accanto o insieme ad altri, distinti "linguaggi" contemporanei.

scientifico¹⁴⁰, che vive di attori non accademici, di destinatari che devono motivare decisioni per il cittadino e per l'opinione pubblica, di fonti molteplici anche non nazionali, di saperi non giuridici (v. *infra*): qualsiasi sapere scientifico penalistico, oggi, deve potere rappresentare quel dialogo, non la sola voce di uno degli attori (per es. solo legislatore, sola accademia, sola avvocatura, sola magistratura inquirente o giudicante, sola voce del cittadino imputato potenziale, o vittima potenziale);

2) che quando si parla di “dogma”, nessuno più può permettersi di pensare a un dato indiscutibile¹⁴¹. Nessuno, anzi, parla più di dogmi se non in senso negativo, e quindi la dogmatica stessa non è più costruita su dogmi. Perfino la legge è discutibilissima, va interpretata, resa conforme ad altre regole e a principi superiori, e il diritto che si applica è il risultato di quella re-interpretazione; ne consegue una realtà di pluralismo dogmatico¹⁴²; “dogmatica”, dunque, è soltanto, oggi, un insieme di “principi dottrinari oggetto di dimostrazione argomentata, e non solo di qualificato convincimento”¹⁴³, relativi a categorie e istituti più generali e ‘di sistema’, che vanno oltre la mera interpretazione di norme dell’ordinamento;

3) che se si prescinde dagli studiosi che ancora oggi rimangono essenzialmente fedeli all’ideale di Rocco che fondò la concezione classica dove la dogmatica era sinonimo immediato di scienza giuridica, le generazioni formatesi dagli anni Settanta del secolo scorso in poi hanno progressivamente seguito un percorso di emancipazione (talora dall’inizio della formazione, talvolta successivo a una fase più ‘dogmatizzante’) sia dal rispetto “religioso” per la lettera della legge, sia nei confronti di stili di razionalità “sovratemporale”, giuridicamente autopoietica, lontana dal piano sociale degli interessi, dall’idea

¹⁴⁰ V. anche, sul punto, G. QUINTERO OLIVARES, *Adonde va el derecho penal*, 126 s., e qui il giudizio: “l’idea che la dogmatica, e più concretamente la dogmatica di matrice tedesca, costituisca la parte centrale e per alcuni l’unica della scienza penale o dell’attività del penalista, è oggi un’idea *insostenibile e antiquata*”; e tuttavia, poco dopo, la precisazione: “il metodo dogmatico, *come tale*, può e *deve* continuare a essere utile per uno studio profondo del diritto positivo”: *ivi*, 128; A. CADOPPI - P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale*, parte gen.³, cit., 13, e quanto osservato in M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi*, in *RIDPP*, 2010, 1067 ss., 1077-1081, 1088 ss.; ID., *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in ID., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 21 ss., 27 ss.

¹⁴¹ V. per tutti la diversa lettura del termine ‘dogma’ nel manuale di G. Maggiore e in quello di C. Roxin, paradigmatici per la consapevolezza storica di questa categoria: G. MAGGIORE, *Diritto penale*, vol. I, parte gen., tomo I³, cit., 43; C. ROXIN, *Strafrecht*, AT, Bd. I⁴, cit., § 7/1.

¹⁴² *Amplius*, il nostro *Democrazia penale e scienza penale*, cit., 1076 ss., 1088 ss.

¹⁴³ *Op.ult.cit.*, 1091 ss.

dello scopo o dalla politica criminale. Questo percorso ha implicato lo sviluppo di linguaggi diversi: la comparazione, l'uso critico dei principi, e l'impiego di saperi empirici "dentro al discorso scientifico", e poi dentro a quello legislativo, e infine anche dentro al momento giurisdizionale (v. § seg.). Si è chiuso così il cerchio degli attori professionali più rilevanti dei soggetti che "fanno diritto", allargando il discorso della scienza a forme di pluralismo incompatibili con il modello aristocratico della vecchia dogmatica di matrice teologica.

È cambiato un mondo. Questa evoluzione presenta peraltro anche ulteriori aspetti, che registrano distacchi più radicali dal sapere giuridico classico, verso forme di dissoluzione del linguaggio tradizionale anche presso alcuni esponenti della cultura accademica. È questa la tentazione dei "comparatisti puri"; di coloro che tendono a sostituire la dogmatica nazionale con la comparazione o con forme di europeismo giuridico dei principi, ovvero con un prodotto internazionale "senza dogmatica", privilegiando modelli ermeneutici di *common law* o alla francese. Accanto a questi indirizzi, rimangono poi gli eredi della pandettistica, che vorrebbero costruire una dogmatica penale internazionale a conduzione tedesca. Noi pensiamo che tutti questi linguaggi possano e debbano coesistere, senza che sia auspicabile rinunciare, quale *contrassegno permanente del discorso scientifico in senso stretto*, a una tecnica costruttiva concettuale, tradizionalmente definita dogmatica giuridica, della quale peraltro la cultura tedesca non ha più la *leadership* acquistata dopo la Pandettistica, seguita dall'età della "allgemeine Rechtslehre" e poi da quella di un'altrettanto "allgemeine Verbrechenlehre"¹⁴⁴: ciò perché il discorso ormai è sia sovranazionale¹⁴⁵, sia realmente comparato, sia più storicizzato¹⁴⁶, sia costruito da molti attori su una realtà legislativa e di una politica criminale che è complessa, fatta normalmente di leggi complementari extracodicistiche riottose ad

¹⁴⁴ Per una breve rivisitazione di questi 'passaggi' storici, cfr. la nostra voce *Teoria del reato*, cit., 226-230.

¹⁴⁵ È stata tale, però, in chiave giusnaturalistica o cripto-giusnaturalistica, anche la pretesa universalità di certi famosi 'sistemi' teorici dal dopoguerra a oggi. In quale misura un discorso con pretese universalizzanti sia soltanto storico, lo si può verificare spesso solo a distanza di tempo: per questo la prospettiva storica e quella comparata sono importanti, ma alla fine non sempre decisive per relativizzare una soluzione che si prospetti come razionalmente vincolante e sovranazionale rispetto alla contemporaneità.

¹⁴⁶ Sul processo di colonizzazione del diritto penale latinoamericano (o di lingua spagnola) rispetto all'influenza di matrice tedesca (ma anche con singolari aperture istituzionali all'esperienza costituzionale italiana), dagli anni Sessanta del secolo scorso, è istruttivo il quadro contenuto in D. RESTREPO, *Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un «diritto penale colonizzato»: il caso colombiano*, in corso di pubblicazione in *Indice penale*.

essere inquadrato in pensiero ordinatore modellato su paradigmi astratti di tipo tradizionale¹⁴⁷.

7. *L'età della democrazia penale massmediatica e dell'europeismo giudiziario e delle fonti*

Occorre ora approfondire meglio un fenomeno nuovo in atto. È successo, nei fatti prima che nella dimensione rappresentativa degli studiosi, che la politica criminale, anziché integrarsi nella dogmatica (il modello “moderno”, degli anni Settanta), l'ha divorata, o almeno sta procedendo a grandi passi in questa direzione: e ciò senza nessuna base scientifica, né giuridica, né extra-giuridica, ma semmai “popolar-democratica” o “giudiziaria”. Si tratta, in primo luogo, della politica criminale *reale* (non quella degli studiosi) di un legislatore che ha perso l'abitudine di ascoltare o di consultare il ceto dei giuristi accademici (la “scienza della legislazione”!) e conosce una sorta di “imbarbarimento” legislativo per esaudire magari direttamente “la piazza” veicolata dai mass-media; un legislatore che usa il diritto punitivo quasi fosse uno strumento come un altro, per raggiungere risultati che non sono più obiettivi di giustizia, perché è il fine che giustifica i mezzi e la libertà è strumentalizzata antikanonianamente per scopi generalpreventivi “di lotta”, estranei alla persona del soggetto punito.

Il potere legislativo, a livello nazionale e sovranazionale, non esita perciò a costruire prodotti di una legislazione “senza dogmatica”, che vede esempi internazionali di diritto del nemico, di diritto d'autore, di violazioni legalizzate di tutti i principi costituzionali e fondamentali, di politiche criminali sovranazionali (per es. europee) dimentiche della scienza della legislazione. Ciò è sempre accaduto, se solo si pensa alla storia delle sanzioni criminali e a quella dei reati politici e del *crimen laesae maiestatis*. La grande differenza rispetto al passato, a tale riguardo, è che oggi la legislazione che deroga ai principi fondamentali, che viola la proporzione, l'eguaglianza, i principi di dannosità sociale e di offensività, il principio di colpevolezza, quello del diritto penale del fatto e non d'autore, le finalità rieducative della pena etc., non è più intro-

¹⁴⁷ Sull'importanza della legislazione speciale per la teoria del reato, e dunque per un discorso scientifico potenzialmente più “generale”, si consenta di rinviare a AA.VV., *La riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. Donini, Cedam, Padova, 2000; AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Giuffrè, Milano, 2003.

dotta o giustificata da un Leviatano oppressore, dallo Stato contro il singolo, ma in nome anch'essa della tutela dei diritti fondamentali, quelli delle vittime reali o potenziali. Il diritto penale è visto spesso come il paladino dei diritti fondamentali, non come uno strumento che sicuramente li conculca (fatto certo) senza che si sappia se serve davvero al bene comune (ipotesi politico-normativa). La funzione critica, e non già di mera legittimazione, che il sapere tecnico-giuridico deve svolgere, in tale contesto, ha come interlocutori non più il solo legislatore o la giurisprudenza, ma l'opinione pubblica, i mass-media, e talvolta le stesse Corti internazionali. Questo costringe evidentemente il giurista non a svendere le sue competenze, rinunciando ai valori della civiltà del diritto, ma a mutare il proprio linguaggio, a renderlo meno aristocratico, a coltivare stili ermeneutici nuovi che operino prima della, e a prescindere dalla, verifica di legittimità¹⁴⁸. Si tratta, altresì, della nascita di una diffusa politica criminale giudiziaria che, per definizione, c'è sempre stata ma, tanto in *civil law* quanto in *common law*, appariva circoscritta a singole decisioni concrete, a 'casi', a "precedents", ovviamente non vincolanti in contesti di *civil law*. Adesso, invece, non è più una "Kriminalpolitik im kleinen"¹⁴⁹, perché arriva a ridisegnare le coordinate di interi istituti, con argomentazioni dedotte da principi sovraordinati, o da accumuli e revisioni di massime-precedente, cioè di "norme" (di origine giudiziaria) del tutto generalizzate e non più "aderenti

¹⁴⁸ Per es., quando si è pensato di elaborare un "Manifesto" sulla politica criminale europea, che avesse come destinatario, oltre allo studioso di cose europee, sperabilmente anche il rispettivo legislatore (cfr. *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *ZIS*, 2009, 539 ss., anche in *RIDPP*, 2010, 1262 ss.), lo si è scritto col linguaggio della scienza, o con quello dei Tribunali di legittimità, dei principi di scienza della legislazione. È vero, però, che il legislatore, anche quello europeo, parla un altro linguaggio, costruisce le sue "politiche criminali" alla luce di criteri e di strategie comunicative differenti: e dunque proprio un *dialogo* sulla politica criminale europea suppone che gli studiosi, non solo traducano le loro categorie in un linguaggio comprensibile alla luce dei parametri della politica (e non semplicemente che i politici parlino come gli accademici o come le Corti costituzionali), ma anche che assumano come premessa fattuale l'"estraneità" al circuito scientifico dei dibattiti politico-criminali, che prendono decisioni rispetto alle quali la verifica di legittimità è un vincolo estrinseco e altresì un *posterius* logico. A quel punto, rimane solo il tema del controllo di legittimità, laddove è nella fase decisoria che occorre costruire ponti di dialogo. Per alcune riflessioni importanti riguardo alla dinamica della legislazione penale, cfr. J.L. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, 20-65, e qui pure una rassegna critica dei principali principi di una politica legislativa penale moderna (*ivi*, 131-163).

¹⁴⁹ In realtà, nel dibattito italiano, una vera 'svolta' nella politica criminale giudiziaria è stata puntualmente ravvisata nell'ampia discrezionalità introdotta in sede commisurativa e sanzionatoria quale conseguenza della riforma del 1974, da A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, 275 ss.

a singoli casi”, il cui ingresso nel circolo ermeneutico è capace di trasformare geneticamente le disposizioni legislative. Quest’attività si sviluppa sempre di più a livello di grandi Corti europee per poi riflettersi sul significato pratico e normativo delle decisioni di Corti costituzionali e Corti Supreme di Cassazione (Sezioni Unite, in particolare), veri motori di un’evoluzione normativa para-legislativa.

Gli attori delle nuove categorie, o della reinterpretazione di quelle dottrinali, sono i giudici. I migliori hanno un sicuro rispetto per il linguaggio scientifico consolidato, lo coltivano e lo perfezionano, sia nelle sentenze, sia nelle parallele opere dottrinali¹⁵⁰, ma esso viene ormai autonomamente gestito da moltissimi interpreti, attraverso pubblicazioni dai diversi livelli e destinatari. Le Sezioni Unite, o anche quelle semplici talvolta, dialogano intensamente (in singole, ma importanti occasioni) con la dottrina; vi si trovano addirittura citazioni di Beling, richiami alla tripartizione al di fuori ormai del tema della prova delle scriminanti, ma sono sempre più larghe le acquisizioni giuridiche attraverso percorsi del tutto indipendenti, o dove alla dottrina si fa ricorso (anche citandola tra virgolette) per scopi ben diversi da quelli intesi dai suoi esponen-

¹⁵⁰ Quanto alle sentenze, non è davvero possibile fare citazioni adesso. Si potrebbero ricordare varie decisioni delle Sezioni Unite dell’ultimo decennio, ma anche numerose sentenze delle sezioni semplici, per restare alla S.C. Sul piano dei contributi dottrinali di magistrati, anche qui, sempre restando alla materia penale (ma il fenomeno è più generale), quanto a contributi di parte generale o manualistici, v. per es., A. NAPPI, *Diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2010; R. BLAIOTTA - G. CANZIO, *Causalità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 821 ss.; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2010. Innumerevoli sono ovviamente anche i commentari e i contributi di taglio più interpretativo e ricostruttivo rispetto a questioni di parte speciale e leggi complementari, oltre che ovviamente processuali (qui non considerate). In alcuni casi si tratta di opere di fattura davvero notevole, di livello accademico; ricordo per es. vari contributi di G. Lattanzi, V. Napoleoni, R. Bricchetti, G. Sandrelli, F.M. Iacoviello, G. Caputo, D. Carcano, G. Fidelbo e tanti altri. Basti qui avere segnalato un *trend*, che si estende ormai anche alla manualistica universitaria e soprattutto postuniversitaria. Anzi. Esiste piuttosto una certa tendenza a proporre, nelle più diverse discipline, una manualistica postuniversitaria redatta da esponenti della magistratura. Ciò rischia di produrre, in alcuni casi, una vera *interruzione del sapere accademico nella formazione*: in quanto il corso universitario è talvolta un corso quasi-liceale affrontato su manuali “brevi e senza note”, mentre là dove si comincia a prendere più sul serio la dialettica giuridica delle posizioni, cioè nel postlaurea, accade che gli indirizzi della dottrina siano esposti nei testi da studiosi-magistrati che non sempre possono avere su tutte le materie, specialmente di parte generale o nel raccordo con le questioni di parte generale, quell’aggiornamento proprio dei docenti universitari, con il rischio di una definitiva perdita della trasmissione del sapere accademico nei momenti di formazione “collettiva”. Non basta, infatti, che ci siano docenti universitari in questa fase: occorre altresì una *responsabilizzazione degli esponenti del sapere accademico nella redazione di testi post-universitari di formazione generale*.

ti. Sono discorsi generalizzanti, comunque, non circoscritti a un caso singolo: di qui (v. il § seg.) la loro pretesa epistemologica di innovare la stessa parte generale, la dimensione normativa di «istituti», e non di singole «disposizioni». Una pretesa 'dogmatica' pertanto, non di mera concretizzazione¹⁵¹.

Accanto a una *dogmatica classica e moderna di matrice accademica* (che nasce generalizzante), c'è dunque un nuovo discorso di matrice giudiziaria, che generalizza dalla decisione di singoli casi e che i professori commentano, o insegnano a lezione: si insegna ormai anche una dogmatica (di fonte) giurisprudenziale. È un prodotto spesso costruito su una diversa politica criminale, dove l'idea dello scopo ha sorretto una decisione particolare, magari a maggioranza, e il risultato-massima (non mero "precedente") già deciso, viene motivato a posteriori. È stato predicato per almeno trent'anni che ci doveva essere questo matrimonio tra dogmatica e politica criminale. Eccolo servito ma con sostituzione degli attori. Del resto, anche tutto quell'indirizzo ermeneutico che ha valorizzato la topica rispetto al pensiero sistematico, muoveva da una ricostruzione dottrinale di 'casi' per giungere a qualche principio (principio dottrinale, interpretativo, dogmatico, teorico, non sovraordinato). Ma la scienza accademica non ha certo la riserva privilegiata di quest'attività. Che tali operazioni le facciano proprio i giudici è del tutto legittimo, anzi "paradigmatico". Ciò che è nuovo, oggi, ma anche più discutibile, è invece *la generalizzazione giudiziale di norme ricavate non tanto da 'casi', quanto dai principi, con spiccata attività critica verso il ius positum* e in una direzione che va sempre più avvicinandosi a schemi di *binding precedent*, mentre invece è una *binding doctrine*.

L'evoluzione in atto risponde peraltro a precise novità nel *sistema delle fonti*, che è il 'luogo' teorico e tecnico più pertinente per un discorso sulla collocazione della scienza penale e dell'interpretazione nel quadro dell'ordinamento giuridico.

Da un lato si registra un'indubbia influenza, almeno in alcuni casi, del dibattito scientifico-accademico sulle decisioni o sulle motivazioni giudiziarie, dall'altro questa influenza è sempre più mediata dal grande spazio ermeneutico offerto dalla realtà istituzionale di un *europesmo giudiziario*: a) norme-principio e argomentazioni per principi; b) declinazione delle norme-princi-

¹⁵¹ Si rileggano soltanto, per capire plasticamente quanto è cambiato il 'clima', le pagine delle lezioni di Aldo Moro (Anno Acc. 1975-76) sul significato delle sentenze della Cassazione: A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, a cura di F. Tritto, Cacucci, Bari, 2005, 320-327.

pio 'interne' alla luce di fonti sovranazionali: UE, Cedu, trattati internazionali (per es. Statuto di Roma); c) grande rilevanza assunta dalle Corti sovranazionali che interpretano quei principi secondo logiche di comparazione costituzionale¹⁵²; d) espansione ormai a ogni livello dell'interpretazione conforme, quale obbligo del giudice ordinario, prima di ogni remissione alle Corti costituzionali e sovranazionali di questioni di legittimità¹⁵³.

Quel *know-how* inventato tra gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, vale a dire l'argomentazione per principi applicata al diritto penale, ampiamente perfezionato nei lustri successivi, trova applicazione libera in ambito sovranazionale e poi nuovamente nazionale, e non è più appannaggio della cultura accademica. L'argomentazione per principi è ora un metodo innanzitutto della giurisprudenza ("principi" e "comparazione") sul quale esiste ormai una letteratura consistente. Non è possibile, adesso, illustrare le premesse dell'«antigiuridicità europea», del policentrismo del sistema, della 'rete' in cui si articolano le fonti e che è sottesa, come base di una piramide, anche al sistema penale¹⁵⁴. Come subito vedremo (§ seg.) *l'esplosione delle fonti muta il codice genetico della costruzione del diritto* quale risultato dell'interpretazione delle regole, e come diretta (anche se non immediata) conseguenza *muta l'identità della stessa dogmatica*, di quella scienza giuridica in senso stretto di cui parlava Arturo Rocco. La dogmatica, infatti, ha a che vedere con il potere

¹⁵² B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law. A New Source of Inspiration?*, London 2006, tr. it. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, e qui, 143 ss., peraltro, il corretto rilievo che il richiamo al diritto straniero non comporta di per sé comparazione, la quale implica un processo valutativo e volitivo esplicito di raffronto. V. pure G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, 222 ss., 249 ss.

¹⁵³ Cfr. per es. i due casi esemplari di C. cost. n. 208/2009 sull'art. 219 c.p.; C. cost. n. 322/2007, sull'art. 609-sexies c.p. V. anche, sul punto, i pertinenti rilievi di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, Milano, 2010, 41 ss. Più in generale SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2006; con specifico riferimento all'interpretazione conforme rispetto a Cedu e normativa europea, cfr. v. F. SGUBBI - V. MANES, a cura di, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bologna, 2007; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Celt, La Tribuna, s.d. [2010], 617 ss.

¹⁵⁴ L'abbiamo già tentato, qualche anno fa, in DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, Milano, 2004, cap. VI. V. altresì A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, Torino, 2004; G. DE VERO - G. PANEbianco, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino, 2007. In generale v. pure G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, cit. 222 ss., 249 ss.

definitorio dell'interprete¹⁵⁵, che è il potere di dettare legge integrando il contenuto e il significato delle fonti. Se mutano le fonti e il ruolo degli interpreti, anche il tipo di dogmatica cambierà. La *dogmatica classica* svolgeva anche la funzione di affidare a un'oligarchia di pochi studiosi il compito di "conservare le chiavi della conoscenza", mentre il potere definitorio del giudice ("in quanto potere giudicante", non in quanto studioso) era individualizzante. La stessa giurisprudenza "per massime" di *civil law*, non aveva forza di precedente, e quindi non infrangeva la logica della divisione dei poteri. Le massime non vincolavano, e la dottrina, a sua volta, per quanto "scientifica", non doveva neppure essere citata in sentenza. L'evoluzione contemporanea tende a condurre non solo alla possibilità di considerare nominativamente, o almeno virgolettati, i contributi dottrinali, ma anche al pieno riconoscimento della giurisprudenza come fonte di diritto, almeno là dove vi sia un vincolo del "precedente". Nell'ordinamento italiano il vincolo di precedente nella riforma dell'art. 374 c.p.c. è illuminante, e di fatto si tende a proporlo come modello per le stesse Sezioni Unite penali (v. *infra*). Di fronte alla giurisprudenza-fonte è chiara l'esigenza di ripensare la valenza scientifica e la legittimazione istituzionale di quest'ultima, che «conosce il diritto mentre lo produce».

8. *Mutamenti genetici del discorso penalistico: giurisprudenza-fonte e varietà degli attori giuridici*

Dal tecnicismo abbiamo ereditato una premessa epistemologica insuperabile. Non si è giuristi se non si conosce il diritto vigente quale primo oggetto di un sapere tecnico distinto da ogni altra competenza¹⁵⁶. Questo dato non è fonte di conservatorismo: quando si giudica una persona occorre che questa sia chiamata a rispondere per violazione di *regole preesistenti* al fatto. Perciò, la dogmatica *penale*, ancorando il giudizio agli equilibri di sistema esistenti nel diritto positivo (divieto di retroattività *in peius*), mira ad assicurare obiettivi specifici di garanzia. Ogni integrazione epistemologica, ogni nuovo "metodo" deve ammettere la vocazione alla giustizia-garanzia, e non solo alla tec-

¹⁵⁵ Si consenta, anche per i richiami, il rinvio a M. DONINI, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, 37 ss.

¹⁵⁶ "Una conquista indistruttibile del pensiero scientifico" definì tale acquisizione F. ANTONISEI, *Per un indirizzo realistico*, cit., 14, riferendosi (pur da posizione distante) al contributo di Arturo Rocco all'ancoraggio della dogmatica al diritto vigente.

nica, di una disciplina normativa che non è mero strumento per raggiungere un risultato o uno scopo: per questo la dogmatica non s'identifica con la politica criminale (anche se ne viene integrata); per questo la scienza giuridica non è riducibile a un paradigma causale (causa-effetto) o a un programma teleologico (mezzi-fini) sussumibile sotto le linee ricostruttive di una qualche legge del divenire e comunque dell'essere. *Se contasse solo lo scopo o un risultato*, non ci dovrebbe essere il vincolo del diritto vigente, bastando modificare il mezzo in via interpretativa per meglio raggiungere l'obiettivo.

Naturalmente se oggetto della scelta parlamentare è la disciplina di un settore extrapenale (per es. commerciale, fallimentare, amministrativo) o sociale (criminologico, d'impresa etc.) diventeranno decisivi saperi empirici e discipline extrapenali per comprendere e orientare lo stesso discorso normativo. Con questo allargamento siamo già aperti al *metodo della scienza penale integrale*, senza che il diritto penale diventi una scienza "interdisciplinare" nel significato spregiativo di disciplina che non avrebbe un suo 'oggetto' e un suo 'metodo', per il fatto di utilizzare sincretisticamente ogni tipo di conoscenza¹⁵⁷. Il discorso è tuttavia più complesso, in relazione al ruolo "esecutivo" dell'interprete e alla divisione dei poteri.

Poiché oggi il diritto vigente e valido è inevitabilmente composto da principi superiori e da regole ordinarie, ne consegue che l'oggetto è definito insieme al dover essere costituzionale e dei principi anche sovranazionali e comunque sovraordinati alla legge. Anche le Carte dei diritti, da quelle costituzionali nazionali a quelle europee e internazionali, contengono un "dover essere" che è un "essere dovuto", ed ha una sua staticità quasi empirica di materia (già) regolata, positivizzata. Eppure, nonostante ciò, la presenza di norme-principio, anziché di regole in senso stretto, trasforma sia l'oggetto e sia il metodo della conoscenza giuridica. Inoltre, non esiste neppure più «l'interprete», ma la differenza sociologica dei diversi attori del diritto rende necessario parlare, ormai, di più interpreti: dopo la legge, il legislatore-interprete, il magistrato, inquirente e giudicante, l'avvocato, il professore, il pubblico funzionario, il giurista d'impresa, etc.

Quanto al momento creativo-ricostruttivo dell'ermeneutica, non si tratta, come ribadito in altre circostanze, di una novità primordiale dovuta alla dialettica tra fonte ordinaria (legge) e fonte sovraordinata (Carte costituzionali e dei diritti), perché anche nell'applicazione della legge ordinaria (delle 'regole',

¹⁵⁷ Contro l'impiego della scienza penale integrale nella direzione di una scienza "interdisciplinare", cfr. J. DE FIGUEIREDO DIAS, *A "Ciência conjunta do direito penal"*, in ID., *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, 3 ss., 5.

anziché dei ‘principi’) è ben frequente la sovrapposizione della *ratio legis* soggettiva e dell’interpretazione letterale da un lato, e quella della *ratio legis* oggettiva e dell’interpretazione teleologica, sistematica, evolutiva, dall’altro: realtà ben note ed esemplarmente illustrate nella sintesi di Betti¹⁵⁸, prima che si diffondessero culture orientate a un’ermeneutica postgadameriana¹⁵⁹.

Il vero problema consiste nei limiti posti all’interpretazione che applichi detti principi in modo diretto, per non violare la riserva di legge. Un problema la cui soluzione noi penalisti non possiamo certo apprendere da costruzioni teoriche edificate sul modello di branche tanto più “normali” del diritto penale quali sono il diritto civile, o quello costituzionale. L’ermeneutica dei civilisti e dei pubblicisti o dei filosofi del diritto che non si siano specificamente confrontati col diritto penale, non è “il paradigma” dell’argomentazione giuridica *tout court*. Dato che è mancato sino a oggi questo riconoscimento, occorrerà spiegarlo ai colleghi. Il tema del metodo della scienza *penale*, e del suo oggetto di secondo grado (l’oggetto regolato dalle norme), costituito anche (non solo!) da situazioni o da autori “di eccezione”, o percepiti come tali, esalta la riserva di legge¹⁶⁰ e la separazione dei poteri¹⁶¹, per prevenire il ri-

¹⁵⁸ E. BETTI, *L’interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Teoria generale e dogmatica), Giuffrè, Milano, 1971, 261 ss.

¹⁵⁹ H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*³, Tübingen, 1972, trad. it. *Verità e metodo*², Bompiani, Milano, 1983; ID., *Gesammelte Werke*, 2, *Hermeneutik*, Bd. II, Ergänzungen, Mohr, Tübingen, 1986. Sui limiti che un’ermeneutica orientata solo al testo e all’interprete, anziché all’autore del testo stesso, e aperta ad avventure di semiosi illimitata, pone in termini di verità del testo, anche al di fuori delle preoccupazioni di garanzia che giustamente deve avere il giurista, v. U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani, Milano, 2002², 77 ss., 81 ss.; ID., *I limiti dell’interpretazione*, Bompiani, Milano, 1990, 17 ss., 26 ss.

¹⁶⁰ A favore di una Corte costituzionale rigorosamente ancorata ai limiti della riserva di legge cfr. G. INSOLERA, *Democrazia, Ragione e prevaricazione*, Giuffrè, Milano, 2003, 66 ss.

¹⁶¹ Secondo l’efficace sintesi di E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, Fontamara, Mexico, 2006, tr. it. *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 2007, 10 s.: “La dottrina della separazione dei poteri è fondata su una distinzione netta tra la creazione e l’applicazione del diritto: il diritto è creato dal legislatore e applicato dai giudici. Ciò comporta una restrizione considerevole del concetto di diritto: il diritto è l’insieme delle norme generali create dal potere legislativo; sono escluse da esso le opinioni dei giuristi, le consuetudini, le citazioni dei padri della Chiesa, e molte altre cose che prima ne erano considerate parte...La *scienza del diritto* si costituisce, sotto l’influenza della dottrina della divisione dei poteri, e soprattutto a partire dalla codificazione, come *dogmatica giuridica*. Le norme generali emanate dal potere legislativo (le leggi) devono essere accettate come dogmi, nel senso che tutti – e in primo luogo i giudici – hanno l’obbligo di prestar loro obbedienza. Le soluzioni per i casi che i giudici devono risolvere devono essere inferite logicamente dalle norme generali e dalle circostanze del caso (teoria del sillogismo giudiziale). Ciò richiede che l’insieme delle norme generali emanate dal potere legislativo

schio che si pensi di usare il diritto come arma contro presunti nemici.

Oggi si sta inevitabilmente diffondendo anche in campo penale una teoria delle norme giuridiche (elaborata in generale, ma al di fuori di un collaudo penalistico specifico) che distingue tra “disposizioni” e “norme”, la quale riconosce all’interprete uno spazio rilevante per ricavare le vere ‘norme’ applicate dalle disposizioni astratte. La norma giuridica non è, in tale ottica, quella scritta nell’enunciato normativo della fonte legale, ma si desume dall’interpretazione e applicazione della disposizione, scegliendo dall’enunciato solo una delle sue possibili letture. Senza potere qui approfondire l’argomento, diciamo però che mentre l’assunto normoteoretico appare persuasivo¹⁶², più complesse sono le conseguenze penalistiche e istituzionali. Attualmente questa scansione teorica: disposizione *vs.* norma, è recepita al più alto livello delle giurisdizioni: dalla Corte costituzionale (C. cost. n. 348 e 349 del 22-24 ottobre 2007)¹⁶³, alle Sezioni Unite penali (Cass., S.U. pen., 21 gennaio 2010, 31 gennaio 2010, n. 18288, Beschi)¹⁶⁴, alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, alla Corte europea dei diritti dell’uomo (CEDU, Grand Chamber, 17.09.2009, Scoppola v. Italy)¹⁶⁵. Soprattutto le Sezioni Unite penali hanno riconosciuto all’interprete un ruolo di costruzione delle norme che va ben al di là della classica e anche della moderna divisione dei poteri. Il giudice non conosce semplicemente il diritto, adattandolo o individualizzandolo ai casi, ma ne costruisce il contenuto precettivo anche in generale, cioè con effetti *generalizzanti*, mentre lo applica. In questa acquisita consapevolezza¹⁶⁶, si può ve-

sia completo e coerente, nel senso di contenere una, e una sola, soluzione (distinta) per ciascun problema che i giudici devono risolvere”. Ovviamente la nozione di dogmatica quale sinonimo di principio di legge è da tempo superata dal riconoscimento di una vasta area di spazi di diritto desunti dalla, o attraverso la, legge, ma non identici a quest’ultima.

¹⁶² Facciamo rinvio a un nostro scritto in corso di ultimazione: M. DONINI, “Disposizione” e “norma” nell’ermeneutica penale contemporanea. A questo studio rinviamo altresì per i richiami a fonti di letteratura non penalistica di interpretazione e teoria del diritto, in realtà molto importanti per un inquadramento scientifico di un tema che presenta enormi riflessi teorici, ma anche applicativi.

¹⁶³ C. cost. 348/2007, § 4.7 sulla distinzione tra disposizione e norma.

¹⁶⁴ SS.UU. 18288/2010, §§ 6-11 (in diritto), in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss.

¹⁶⁵ CEDU, Grand Chamber, 17.09.2009, Scoppola v. Italy, §§ 91-118, ora in *Cass. pen.*, 2011, 26 ss.

¹⁶⁶ Consapevolezza che ha già prodotto effetti giuridici nell’autoriconoscimento, da parte delle Sezioni Unite penali, della capacità della propria giurisprudenza di innovare i presupposti applicativi di discipline di legge più favorevoli, sì da rendere tale giurisprudenza retroattiva in sede di esecuzione della pena per effetto di nuove interpretazioni sull’applicabilità dell’indulto in caso di riconoscimento di sentenze penali straniere: come se si trattasse di nuove leggi più fa-

dere *l'atto di nascita della giurisprudenza-fonte*¹⁶⁷.

Anche se è attualmente inapplicabile al processo penale la disciplina dell'art. 374 c.p.c.¹⁶⁸, le Sezioni Unite penali si accreditano comunque come fonte di diritto (per es.: deducono dai principi nuove norme di valore generale che integrano le disposizioni astratte della legge; producono 'diritto': se innovano favorevolmente sono retroattive, dovendosi applicare il diritto più favorevole: ma se sono sfavorevoli dovrebbero applicarsi solo a casi futuri), ma lo fanno in sintonia con la Cedu e, in fondo, con la stessa Corte costituzionale. Su queste premesse è evidente che muta geneticamente il ruolo della dogmatica, perché è lo stesso interprete-giudice che costruisce dogmatica (principi generali e categorie derivate) mentre co-definisce il contenuto del diritto.

L'acquisizione di una dimensione di "giuspositivismo critico"¹⁶⁹ alla scienza, ma poi all'interprete in genere e al giudice, è avvenuta al prezzo di una nuova tensione sul piano della *riserva di legge*. Lo si vede bene nei nuovi meccanismi innestati da una certa gestione dell'interpretazione conforme alla Costituzione: proprio il penalista, infatti, è oggi chiamato, a livello nazionale, a

vorevoli, anche le giurisprudenze favorevoli innovative retroagiscono e superano i giudicati. Questo, in sintesi, il contenuto di Sez. Un., 8932/09, rel. Milo, cit. Il problema, come di seguito precisato nel testo, si fa rilevante se queste acquisizioni non vengono applicate *in bonam partem*.

¹⁶⁷ Nel senso che la creazione giudiziale del diritto va riconosciuta non perché il giudice costruisca norme individuali innovative (come riteneva Kelsen), ma nel senso che è inevitabile che costruisca nuove norme generali, v. ancora E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, tr. it. cit., 144. Più ampiamente, anche se muovendo (anche in tal caso) da un osservatorio non specificamente penalistico, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, ristampa, Giuffrè, Milano, 1975, 423 ss., 429 ss. Il riferimento a norme generali, peraltro, diventa a nostro avviso rilevante per la nascita o la costruzione della giurisprudenza-fonte, solo là dove tali norme abbiano un carattere almeno in parte (legittimamente) vincolante, come nel vigente art. 374 c.p.c. In caso contrario si tratta di "norme" che, al di fuori del caso deciso, conservano mero valore.... dottrinale. Un vincolo giuridico per l'interpretazione giurisprudenziale generalizzante è peraltro subordinato alla sua intrinseca persuasività, potendo sempre essere disatteso nel singolo caso e anche per effetto di migliori interpretazioni generali: resta dunque a nostro avviso ineludibile il dato per cui quanto più l'interpretazione giudiziale ha il carattere della generalità, tanto più è "dottrina". La sua legittima vincolatività in nome della certezza del diritto va bilanciata con la divisione dei poteri, vale quanto più sia individualizzante ed è naturalmente provvisoria, in quanto soggetta anch'essa a imprescindibili meccanismi di revisione.

¹⁶⁸ Che concerne, dopo la riforma del 2006, l'obbligo delle Sezioni Semplici della Corte di Cassazione di conformarsi alle Sezioni Unite e, in caso contrario, di rimettere a quelle la decisione della questione, con vincolo formale di precedente, però, solo per la decisione delle Sezioni semplici remittenti.

¹⁶⁹ L'espressione, che viene contrapposta a quella di "giuspositivismo dogmatico" (che non distinguerebbe tra vigenza e validità delle norme), è di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 912 ss.

discutere “del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi”¹⁷⁰.

È l'autopoiesi giudiziaria che celebra se stessa, esprimendo una vocazione costruttiva che appare tollerabile solo se si manifesta *in bonam partem*. Occorre chiedersi, peraltro: la riserva di legge non vale comunque, a prescindere dalla direzione favorevole o sfavorevole all'imputato delle sue “violazioni”? E poi: è possibile circoscrivere il diritto giurisprudenziale più costruttivo solo a decisioni favorevoli al reo e non alla vittima? Di fronte alle richieste di attuare in via interpretativa la tutela dei diritti fondamentali delle vittime¹⁷¹, anziché degli imputati, già adesso esistono posizioni di esaltazione del ruolo attivo della giurisprudenza interna e di quella sovranazionale, che non devono condurre direttamente a un uso *in malam partem* del nuovo potere definitorio fin qui descritto¹⁷².

Il “paradigma” di un diritto penale analogico e libero dalla legalità e dai suoi vincoli è stato tradizionalmente il diritto penale internazionale, prima dello Statuto di Roma. Ma anche adesso, a livello internazionale, essendo in gioco (come se non rilevasse sempre quando si tratta di delitti e di pene) la tutela dei diritti fondamentali, si perpetuano *trends* ermeneutici che scardinano il principio di legalità, il divieto di retroattività sfavorevole, i giudicati per sentenze di amnistia e prescrizione, il principio di *ne bis in idem* processuale, ogni volta che siano in gioco crimini contro l'umanità: il tutto attuando in via giudiziaria un controllo sostanziale di legittimità della legge, valutata alla stregua di criteri dichiarati di neoretribuzionismo internazionale. È questo il modello tipico del *diritto penale di transizione*, portato a soluzioni emblematiche nella più recente giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti dell'uomo e negli Stati che ne seguono gli indirizzi¹⁷³.

¹⁷⁰ Per riprendere alla lettera il titolo della nota critica di G.U. RESCIGNO alla sentenza della C. cost., n. 208/2009 (sull'art. 219 c.p.), in *Giur. Cost.*, 2009, 2412 ss.

¹⁷¹ Ampiamente, al riguardo, V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, cit., 36 ss.

¹⁷² Cfr. per un'espressione di entusiasmo giudiziario a favore della tutela dei diritti fondamentali mediante il diritto penale, F. VIGANÒ, *L'interpretazione conforme*, cit., a cui si accompagna peraltro una modernissima consapevolezza della pluralità degli attori del discorso penalistico oggi. Cfr. *forum* ed editoriali della rivista on-line “Diritto penale contemporaneo” (www.penalcontemporaneo.it).

¹⁷³ Cfr., anche per altri ragguagli, E. FRONZA - G. FORNASARI, *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Trento, 2009; G. FORNASARI, *Dittatori alla sbarra. Il «caso Bordaberry» come pietra miliare della giustizia di transizione in Uruguay*, in *Scritti in onore di M. Romano*, in corso di pubblicazione.

Eppure, se lo studio del diritto penale “normale” può vantare uno statuto scientifico, è perché (fra l’altro) la legge non si applica analogicamente in senso sfavorevole. Le deroghe a questo principio (mediate dall’indeterminatezza delle fattispecie), o le deroghe agli altri principi classici della legalità, hanno sempre costituito contrassegni del diritto penale *politico* o di quello *speciale*: esattamente il diritto penale rispetto al quale, almeno dai tempi in cui Francesco Carrara manifestò il suo famoso rifiuto al commento¹⁷⁴, è più difficile impostare un discorso scientifico.

Il divieto di analogia sfavorevole resta dunque uno dei postulati caratterizzanti la scientificità “garantistica” del diritto penale. Possibilità *ermeneutica* della scienza è pertanto solo quella di sviluppare un discorso analogico favorevole, *un’estensione, là dove consentita dalla riserva di legge e dall’extrema ratio, della non punibilità*. Per soluzioni *estensive della punibilità* (diverse da una normale interpretazione dell’area punibile) rimane solo l’opzione *de lege ferenda*.

Pur con questo permanente ancoraggio, che non è davvero retorica ribadire, il nuovo “metodo” fin qui illustrato, dipendente da un nuovo “oggetto”, anche se impiegato solo in senso favorevole, *muta l’identità genetica del fare diritto e delle sue pretese “scientifiche”; muta le stesse basi epistemologiche della disciplina*: perché il diritto positivo è oggetto di critica e di revisione da parte dello stesso interprete-giudice, il quale dunque dovrà attingere le “chiavi della conoscenza”, anche di quella ‘dogmatica’, da luoghi diversi dalla legge ordinaria, secondo mappe il cui territorio è tracciato anche *da sentenze. Le sentenze*, infatti, non sono *luoghi qualsiasi* dove si alloca il pensiero giuridico, come può esserlo un testo di legge, un trattato o un saggio di dottrina, un articolo di giornale, una fonte storica antica, un discorso politico, una discussione di studio o fra compagni di corso, o un dialogo tra maestro e allievo: *sono ‘luoghi’ dove si giustifica a posteriori ciò che si è deciso prima, spesso condannando*. Anzi. Quanto più “c’è dottrina” nelle sentenze, tanto più sono costruite a posteriori. *La giurisprudenza che fa diritto prospettando regole generali* non si limita a fare concorrenza alla dottrina: in realtà, *non è giurisprudenza, ma è dottrina essa stessa*. Una dottrina solo meglio armata, e non necessariamente più potente. Con la differenza che ha “maledettamente bisogno” di giustificare il caso deciso. Come ogni dottrina, poi, il suo vero potere

¹⁷⁴ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, parte spec. Vol. VII, Tip. Canovetti, Lucca, 1870, § 3913 ss., 3935: “il campo dei reati politici non è sotto il dominio del giure penale, ma sotto lo *ius belli*”. V. del resto, sulla concezione della scienza penale in Carrara ID., *Programma*, cit., parte gen. (1867), 22 ss. (prolegomeni); vol. V, § 2525; T. PADOVANI, *Il legislatore alla scuola della Ragione*, cit., 711 s.

e dunque la sua stessa legittimazione, non sta nel fatto di essere vigente, ma nel conoscere e indicare soluzioni persuasive. Se non aiuta a conoscere o non convince, dovrà essere disattesa.

Il vero vincolo di un giudicato *in punto di diritto* è dunque direttamente proporzionale al significato *individualizzante* di una pronuncia ovvero alla sua valenza *liberalizzante (in bonam partem)*. Decisioni innovative e generalizzanti sono solo dottrina, scritta da chi questo mestiere teorico non lo svolge di professione.

9. Una scienza solo dei limiti dell'intervento punitivo?

Punto di vista esterno e interno

Fra tutti i penalisti che abbiamo menzionato, tra quelli italiani contemporanei (*retro*, § 5), ma anche tra quelli stranieri, ve ne sono alcuni che in realtà potrebbero essere annoverati fra i simpatizzanti di quella “Strafbegrenzungswissenschaft” di cui da tempo parla Thomas Vormbaum¹⁷⁵, chiaramente delineata da sempre e anche di recente da Wolfgang Naucke¹⁷⁶: una scienza dei limiti della pena, o del potere punitivo, una scienza che si occupi soprattutto, se non esclusivamente, dei principi e dei criteri per circoscrivere la potestà punitiva, nel segno della sussidiarietà dei beni e dell'*extrema ratio*, e dunque verso una costante evoluzione di quella analogia in *bonam partem* in cui consiste larga parte della costruzione scientifica, e di una vocazione critica rispetto a un prodotto legislativo così intriso di autoritarismo e irrazionalità, vocato al securitarismo mediante la pena e in perenne espansione. Alcune “scuole”, o parti di esse, di matrice laica o cattolica (religiosa), sia italiane sia straniere, potrebbero riconoscersi in questa opzione. È la vocazione del garantismo più *liberal*, quello che si occupa soprattutto degli autori, per diminuire la loro inutile sofferenza, perché la pena non ridarà alle vittime quanto hanno definitivamente perduto dopo il delitto¹⁷⁷; o che si occupa della critica all'uso pura-

¹⁷⁵ T. VORMBAUM, “*Politisches Strafrecht*”, in *ZStW*, 107, 1995, 734 ss., 744 ss.

¹⁷⁶ W. NAUCKE, *Sicurezza e diritto penale*, cit., spec. 88 s., e *amplius* ID., in E. HILGENDORF (Hrsg.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft*, cit., 415 ss., 442 s.

¹⁷⁷ Cfr., per es., tra i penalisti che scrivono da un punto di vista “interno” al penale, K. LÜDERSEN, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Giuffrè, Milano, 2005; F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, cit. Tra coloro che scrivono quasi esclusivamente da un punto di vista esterno, cfr. per es. M. PAVARINI, *Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta*, in *Anthropos*, 2004, n. 204, 67 ss.; ID., *Degrado, paure e*

mente strumentale del diritto penale (*mero strumento* di “politica criminale”), che reca in sé una costante vocazione illiberale, in quanto impiega la legge per scopi ad essa esterni, quale mezzo di una politica “di sicurezza” o “di lotta”, come se tale strumento fosse in sé privo di valori e fini propri, flessibile a ogni progetto eteronomo, che fa dello stesso giudice penale un lottatore e dunque un soggetto non più terzo nel processo. Conseguente a tale posizione è il rifiuto di ogni forma di costruzione propositiva, di progettazione *de lege ferenda* che non sia di riduzione dell’area punibile.

Tale “opzione politica” ci avvince sul piano dei progetti ideali. Molti di noi, magari in certe occasioni più che in altre, l’hanno coltivata. Essa, peraltro, può essere coerentemente perseguita se si adotta un punto di vista “esterno” al sistema penale, ma non può, al contrario, essere accolta in maniera coerente da chi adotti anche, o talvolta, un punto di vista interno all’ordinamento: perché se si commentano le leggi penali in funzione applicativa, non è possibile scegliere sempre e soltanto le interpretazioni “della difesa”. Ciò conduce, infatti, a un sicuro tradimento del significato obiettivo della legge. Ma se è vero ciò, non è possibile limitare soltanto un sistema giuridico mentre lo si continua a utilizzare, a commentare, ad applicare. Infatti, *il punto di vista interno* obbliga necessariamente a scelte anche punitive, costruttive, fosse soltanto per adottarne alcune meno punitive di altre. Non è possibile, in altri termini, una scienza che sia solo “limitativa” dell’area penale: una parte di quell’area verrà necessariamente legittimata, conservata. Né è possibile, restando al di fuori dell’ordinamento, spiegare tutta una serie di istituti e categorie la cui verità o validità tecnica, talvolta da alcuni millenni, è indipendente dalle opzioni politiche sulla credibilità complessiva del sistema penale vigente. Nel momento in cui si spiegano e s’illustrano quegli istituti, nondimeno, ciò costituisce *quasi necessariamente* un contributo alla legittimazione del sistema. Chi ha pensato di salvarsi da tale commistione sono stati proprio i tecnici giuridici. . . . magari sotto il fascismo. Tuttavia, dopo la nascita di un giuspositivismo critico di matrice costituzionale, quella via di fuga, che può fungere da *alibi*, appare sempre meno praticabile. Solo un punto di vista rigorosamente *esterno*, perciò,

insicurezza nello spazio urbano, in *Sicurezza e diritto penale*, cit., 33 ss.; ID., *Documento introduttivo*, in AA.VV., *Silète poenologi in munere alieno*, a cura di M. Pavarini, cit. ; ID., *La penalistica civile e la criminologia, ovvero discutendo di diritto penale minimo*, in *Studi Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Giuffrè, Milano, 2000, 563 ss.; ID., *Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”?*, in *Dei delitti e delle pene*, n. 3/1998, spec. 149 ss.; ID., *La criminalità punita. Processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo*, in *Storia d’Italia*, Annali 12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Einaudi, Torino, 1997, 981 ss.

appare coerente con quell'opzione. Ne consegue che – considerata dall'angolo visuale della scienza giuridico-penale – la “scienza della limitazione della pena” rimane un'indicazione di tipo politico, non una concezione scientifica.

10. *Oltre l'eredità del giuspositivismo.*

Per una scienza penale discorsiva e critica

Osservando retrospettivamente cent'anni di storia, dalla prolusione di Arturo Rocco a oggi, possiamo constatare, insieme a linguaggi che si conservano e si affinano, nuovi paradigmi, nuove tecniche, e anche nuove sfide. Il superamento del limite più grave del tecnicismo, la sua acriticità rispetto alla legittimazione del diritto penale, è avvenuto non tanto sui sentieri del diritto naturale, ma attraverso il recupero di un giuspositivismo critico (costituzionalmente conforme), che però ha recato con sé nuovi stili di pensiero: bilanciamento di principi e valori, ricostruzione ermeneutica di categorie, istituti e regole positive alla luce di diversi principi costituzionali, e tra questi anche la partecipazione della stessa riserva di legge a quel bilanciamento. Ci si è illusi che ciò potesse avvenire solo *in bonam partem*, quasi che il momento più odioso e vero del penale, il suo essere un diritto che esclude, prima eventualmente di includere di nuovo, dovesse ridursi sempre di più, fino quasi a scomparire. Il moltiplicarsi degli attori e delle lingue è in un rapporto biunivoco di causa-effetto con questo movimento, che valorizza un pluralismo epistemologico “dentro” al sistema e trova in un mutato assetto delle fonti una ragion d'essere di tipo politico-istituzionale.

La dogmatica penale, anche quella orientata in senso politico-criminale, non è più l'essenza del discorso scientifico, il sinonimo immediato di scienza penale, perché la scienza non è più un'esclusiva del sapere aristocratico degli accademici. La *dogmatica penale*, piuttosto, appare oggi come *un linguaggio tecnico ancora indispensabile* alla costruzione di categorie e istituti che costituiscono quella *grammatica comune* capace di tenere insieme il sistema¹⁷⁸, in

¹⁷⁸ In senso conforme v. anche S. CANESTRARI - L. CORNACCHIA - G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., 266 ss. La grammatica comune di cui parliamo, però, è in primo luogo una grammatica interna a un sistema. Essa contiene anche gli elementi di una grammatica comune a più sistemi, di tipo dunque internazionale. Tuttavia, anche in questo caso, essa non coincide con la dogmatica “di matrice tedesca”, che rimane uno dei linguaggi della stessa dogmatica, plurale al suo interno. La grammatica comune a tutti va in parte ancora costruita, e non ci è “pre-confezionata”. Variamente avvertita, in ambito sovranazionale, tale esigenza

virtù di un nucleo di sapere che spesso trascende le forme di Stato e di governo, e consente di dialogare diacronicamente nella storia e sincronicamente tra diversi ordinamenti, in contesto internazionale e comparato. La ricerca storica e quella comparata costituiscono dunque insieme un momento di verifica decisivo, e altresì un'importante qualificazione, per la stessa dogmatica, non certo un'alternativa a quest'ultima. Un'altra eredità del tecnicismo e più semplicemente della dogmatica quale espressione della legge positiva, è data dal riconoscimento che è più significativo, in termini di acquisizione scientifica, un discorso *de lege lata* che vada al di là del dato meramente esegetico e interpretativo, avendo una valenza conoscitiva più ampia e solida su aspetti strutturali di istituti e categorie generali. Nella valutazione scientifica, infatti, siamo normalmente più attratti dalle acquisizioni di un prodotto che affianchi a esegesi e interpretazione, anche risultati di costruzione giuridica, cioè di dogmatica in senso stretto: non è un vezzo accademico questo, o la gelosia di un sapere esoterico. È la consapevolezza di uno strumento di conoscenza più profondo e stabile, che consente di accrescere la razionalità e ridurre le antinomie del modello ideale di "sistema giuridico" al quale non può rinunciare un ordinamento che continui a vedere nel diritto uno strumento per fini di giustizia. Ciò vale sia per i principi che si deducono da fonti supreme o superiori (norme costituzionali) e sia per i principi o le categorie che vengono ricostruiti induttivamente dal sistema delle regole ordinarie.

La dogmatica, compresa sia quella classica sia quella moderna postcostituzionalistica che, orientandosi a valori nuovi, scopi e conseguenze anche esterni al *dictum* legale, o a quello nazionale, ha spezzato l'universo chiuso del vecchio tecnicismo, è *solo una componente del discorso scientifico* perché la compresenza di scienze empiriche e saperi non normativi è essenziale allo *statuto epistemologico* del diritto penale quale scienza sociale (orientata anche a funzioni e scopi sovraindividuali), e non solo normativo-prescrittiva (o di giustizia dei comportamenti), quale è, oggi, il diritto penale; inoltre, la riduzione del ruolo della dogmatica dipende anche dal fatto che la storia e la compara-

di una grammatica comune. Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* (II), Seuil, Paris, 2006, 7 ss., 122 ss. e *passim*; J. SILVA SÁNCHEZ, *Straftatsystematik deutscher Prägung*, cit.; M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 141 ss., e spec. 150 ss., 188 ss.; G. TRICARICO, *Estudio comparado de la antijuricidad en la Unión Europea. Algunas reflexiones previas a la construcción de un sistema de causas de justificación europeo*, in S. BACIGALUPO - C. MELIÁ (Coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, 209 ss. Ma v. pure i vari numeri del *Goldtdammer's Archiv f. Strafrecht* dedicati a questo tema nel 2003-2004.

zione, gli aspetti nuovi della politica in società democratiche postmoderne e globalizzate, ma anche il pluralismo istituzionale e delle fonti, insieme al nuovo ruolo della magistratura, lanciano oggi una sfida al sapere accademico, alla sua vocazione “sistematizzante”: gli chiedono di fungere *soltanto* o *soprattutto* da raccordo, da cerniera di collegamento, di svolgere il ruolo di mediatore e di “interprete” culturale, e non più di “legislatore”, tra i poteri dello Stato¹⁷⁹. Ancora una volta avvertiamo che i poteri sono così “divisi” che neppure il legislatore ha un vero dominio sul diritto¹⁸⁰, essendo il sistema un’opera collettiva. Esattamente perché nessuno, nessun potere istituzionale (neppure quello giudiziario che continua *naturaliter* a decidere su singoli casi), può veramente dirigere il canto di questo coro¹⁸¹, esso appare espressione di una democrazia penale pluralistica e policentrica¹⁸². La scienza penale, critica e non avalutativa, è *discorsiva* perché è fatta da diversi attori che usano oggi molti linguaggi, tra i quali ci sono anche la dogmatica classica e quella moderna, ma sempre più forti sono gli apporti della comparazione e di saperi extragiuridici. Affinché la legge non possa avere *qualsiasi* contenuto, diventando forma irrispettabile di arbitrii e di orrori, il valore della legalità rimanda sempre a un livello critico *superiore*. Sia esso un giuspositivismo critico¹⁸³ (principi superiori, metaregole) o un contropotere critico¹⁸⁴ (scienza giuridica, critica del diritto, dottrina, metagiurisprudenza), questo livello non trasforma il giurista in un forzato della riconversione costituzionale del diritto ingiusto (l’interpretazione conforme-*pass-par-tout*): varie leggi sono costituzionalmente inattuabili, ma rimangono ingiuste. Per tale motivo, il criterio di correzione della legge, *interno* alla cultura giuridica, alle sue fonti o ai suoi attori riconosciuti, deve essere o *giuridico-costituzionale* o *politico-epistemologico*. La libertà della scienza nasce qui, e anche il tecnicismo lo sapeva bene, pur non avendo gli strumenti per rendere normativa tale dimensione. *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat* (Paulus, D. 50,17.1).

¹⁷⁹ Ci pare ancora insuperata, a tale riguardo, l’analisi di Z. BAUMAN, *Legislators and Interpreters. On Modernity, Post-modernity and Intellectuals* (1987), tr. it. *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.

¹⁸⁰ Anche l’età berlusconiana pare a chi scrive paradigmatica di quanto asserito nel testo. V. comunque, per una riflessione critica più specifica sul punto, M. DONINI, *Democrazia e scienza penale nell’Italia di oggi*, cit.

¹⁸¹ Così concludevamo, poco più di un decennio fa, la voce *Teoria del reato*, cit., 297.

¹⁸² Cfr. *amplius*, volendo, il nostro libro *Il volto attuale*, cit., cap. 9.

¹⁸³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 912 ss.

¹⁸⁴ M. DONINI, *Il volto attuale*, cit., 318 ss.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di maggio 2011