

JOSÉ L. GONZÁLES CUSSAC

GLI ORIZZONTI, VECCHI E NUOVI, DELLA DOGMATICA ^(*)

SOMMARIO: 1. Inquadramento. – 2. Il punto di partenza: i “sistemi neoclassici” come esempi di “scienza neutra”. – 3. Sintesi della successiva evoluzione. – 4. Il dilemma del diritto penale: dogmatica, politica e scienza. – 4.1. Diritto penale e politica: lo Stato di Diritto ed il complesso dei diritti fondamentali. – 4.2. Dogmatica, scienza e ragion pratica.

1. *Inquadramento*

Consideriamo un luogo comune la circostanza secondo la quale la funzione e la giustificazione della dottrina penale risiedono nell’offrire certezza giuridica attraverso l’utilizzo di un metodo razionale nell’adozione delle decisioni in materia penale. La metodologia generalmente utilizzata nel diritto continentale europeo e latinoamericano prende il nome di *dogmatica*, la quale consiste in una elaborazione sistematica della teoria giuridica del reato.

Nella letteratura penalistica spagnola è già un classico la tesi sostenuta in merito da GIBERNAT ORDEIG: «*La dogmatica giuridico – penale, dunque, indaga i contenuti del diritto penale, i presupposti in presenza dei quali entra in gioco un tipo penale, che cosa distingue un tipo dall’altro, dove finisce il comportamento lecito e dove inizia la sfera della punibilità. Di conseguenza, ponendo in evidenza i limiti e definendo i concetti, rende possibile una applicazione certa e prevedibile del Diritto penale, consente di sottrarsi all’irrazionalità, all’arbitrarietà ed all’improvvisazione. Quanto inferiore è il grado di sviluppo di una dogmatica, tanto più imprevedibili saranno le decisioni giudiziarie e tanto più la condanna o l’assoluzione dipenderanno dal caso e da fattori incontrollabili*»¹. Del pari, costituisce luogo comune riconoscere i limiti della dogmatica, indipendentemente dalle sue elaborazioni².

^(*) Traduzione a cura della dott.ssa Cecilia Valbonesi.

¹ E. GIBERNAT ORDEIG, *Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, in *Estudios de Derecho Penal*, 3ª ed., Madrid (Tecnos), 1990, p. 158.

² G. QUINTERO OLIVARES, *Algunas limitaciones de la dogmática*, in *Estudios penales en homenaje a E. Gimbernat Ordeig*, Madrid, vol. I, 2008, p. 623 e ss.

Così, dunque, la dogmatica considera come sua missione l'individuazione dei problemi e delle relative soluzioni, attraverso l'elaborazione di teorie che rendano possibile l'applicazione di un diritto positivo in modo razionale, prevedibile e certo. La discussione libera che si sviluppa nella comunità dei giuristi permetterà che alcune teorie divengano dominanti e ne renderà possibile una conoscenza funzionale alla valutazione dei risultati, delle conseguenze, dei fondamenti, delle obiezioni, degli errori, consentendo pertanto il loro controllo.

Tuttavia, come ci avverte il nostro Autore, in questo facendosi portavoce di una opinione comune, questa nozione sottende due enunciati impliciti. Il primo risiede nel fatto che il diritto penale costituisce il presupposto della *dogmatica* penale: in mancanza, infatti, quest'ultima risulterebbe priva di senso. Il secondo risiede nel fatto che la *dogmatica* costituisce una "scienza neutra", limitata all'interpretazione corretta della legge e conseguentemente indipendente dalle valutazioni e dalle conseguenze alle quali conduce.

Credo che la prima delle affermazioni sia sostanzialmente indiscutibile: la dogmatica presuppone il diritto penale. Tuttavia, non sono altrettanto sicuro della seconda, ovvero che la dogmatica penale ed in generale il diritto, possa essere considerata alla stregua di una scienza e pertanto sia neutra dal punto di vista valutativo. Più precisamente in queste conseguenze e nella loro stretta correlazione si fonda, a mio giudizio, la discussione centrale sulla funzione della *dogmatica* penale.

2. *Il punto di partenza: i sistemi "neoclassici" come esempi di "scienza neutra"*

Il "neokantismo" costituì il culmine delle teorie sistematiche classiche, conosciute pertanto anche come "neoclassiche". All'interno delle stesse predominò una concezione decisamente analitica e sebbene i suoi sostenitori avessero introdotto criteri assiologici ed impresso una timida svolta di orientamento teleologico, non riuscirono a disfarsi completamente dell'"intralcio" del positivismo, né nella sua versione naturalistica, né nella sua tendenza normativista. Vincoli non dissimili acquistano una centralità controversa in ambiti tanto cruciali come la teoria delle "norme di cultura", o nell'elaborazione della teoria giuridica del reato, ancora schiava di un ontologismo che si manifesta inequivocabilmente quando si enucleano i concetti di azione causale e di evento o una nozione di colpevolezza in chiave psicologica. Se a questi fattori uniamo la visione marcatamente retributiva della

pena, siamo già in possesso dei necessari parametri per comprendere il suo insuccesso³.

Non è questo il contesto per tracciare un bilancio del “neokantismo”, ma solo per ricordare le ragioni che hanno reso necessario l’abbandono di questa metodologia: le insoddisfacenti conseguenze alle quali conduceva o le soluzioni deficitarie che offriva dinanzi a numerosi problemi. Questo, però, non significa sottrarle o disconoscerle gli innegabili progressi apportati nello sviluppo continuo della dogmatica penale.

Così, con l’unico proposito di mettere in luce i suoi fallimenti, sottolineiamo con forza la sua incapacità di superare il “formalismo giuridico” del quale il “neokantismo” non cessa di essere un fiero erede. In effetti, persino la tripartizione classica della teoria del reato, fatta propria da LISZT⁴, BELING⁵ o ROCCO⁶ fu rispettata senza batter ciglio da questo gruppo di autori. Così MEZGER e SAUER in Germania⁷, DELITALA, MAGGIORE e ANTOLISEI in Italia⁸ o ANTÓN ONECA e JIMÉNEZ DE ASÚA in Spagna⁹, costruirono la teoria del reato sul concetto di azione, alla quale aggiunsero le caratteristiche di tipicità, antigiuridicità e colpevolezza e chiaramente della punibilità. In questo senso possiamo chiamarli revisionisti poiché corressero il formalismo giuridico, ma senza mortificarne gli schemi essenziali¹⁰.

Forse, uno dei modi migliori per verificare il carattere revisionista del “neokantismo” rispetto al formalismo sarebbe quello di condurre un monitoraggio sul concetto di azione, autentico asse centrale di entrambe le costruzioni metodologiche. Questa osservazione raggiunge il suo punto paradigmatico nell’opera di RADBRUCH il quale, secondo SCHMIDHAUSER, descrisse i due possibili punti di approdo in questo cammino:

³ Per tutti si veda il magnifico lavoro di W. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, trad. di Córdoba Roda, Barcelona, 1959.

⁴ F. von LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 22ª ed., Berlín-Leipzig, 1919. Il volume è consultabile anche in lingua spagnola: cfr. *Tratado de Derecho Penal*, vol. II e III, trad. di L. Jiménez de Asúa e agg. da Q. Saldaña, 3ª ed., Madrid, 1914-1929.

⁵ E. BELING, *El rector de los tipos de delito*, trad. di L. Prieto Castro e J. Aguirre, 1ª ed., Madrid, 1936.

⁶ ARTURO ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del Diritto penale*, in *Opere giuridiche*, vol. L, Roma, 1933, p. 263 e ss.

⁷ E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomi I e II, trad. di J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1935 e G. SAUER, *Derecho penal. Parte general*, trad. di J. Cerezo e J. del Rosal, Barcelona, 1956.

⁸ G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del “reato”*, Padova, 1930; G. MAGGIORE, *Diritto Penale. Parte Generale*, tomi I e II, Bologna, 1949-1953 e F. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale. Parte Generale*, 7ª ed., Milano, 1975.

⁹ J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1986; L. JIMÉNES DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931.

¹⁰ Un’ampia trattazione sul modello “neokantiano” può trovarsi in S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1982, p. 227 e ss. Per una panoramica più ampia si veda R. MAURACH, *L’evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 637 e ss.

«Il superamento della ricerca di un concetto superiore (libero da una componente valoriale) per l'azione e l'omissione ed il raggiungimento definitivo di un concetto di azione come concetto superiore, sebbene come sistema parziale, in favore di una sistematica teleologica»¹¹.

In effetti, in un primo momento RADBRUCH, si mantenne fedele alla sistematica classica nella quale predominava il metodo deduttivo e classificatorio¹². Di conseguenza, accettò l'esistenza di un concetto superiore, al quale potrebbero aggiungersi in seguito diverse caratterizzazioni speciali per poter così elaborare il concetto definitivo di reato. E questo concetto superiore fu l'azione, come nesso fra "volontà, fatto e causalità". Tuttavia, di fronte all'impossibilità di spiegare l'omissione attraverso questa elaborazione, lo stesso Autore si vede costretto dalla sua ansia classificatoria a riconoscere l'esistenza di due sistemi o *species* di reato: quello attivo e quello omissivo¹³. Questa ricostruzione corrisponde alla prima fase, che si sviluppa nel contesto del formalismo, dove in sintonia con VON LISTZ o BELING, l'Autore elabora la nozione di reato muovendo da un concetto superiore, ovvero quello di azione, considerata da un punto di vista squisitamente naturalistico.

Tuttavia, anni dopo, proprio RADBRUCH recupera la propria teoria dell'azione formulata nel 1904 e la sottopone ad una completa revisione. Egli stesso riconosce il fallimento di una concezione naturalistica dell'azione che, nel suo intento classificatorio, lo aveva condotto alla formulazione di due classi di delitti: quelli di azione e quelli di omissione, non riconducibili ad un solo criterio. Parimenti, il formalismo iniziale, basato sulla costruzione di compartimenti stagni, dove alla tipicità corrispondevano tutti gli elementi descrittivo – oggettivi, all'antigiuri-dicità gli elementi normativo – oggettivi ed alla colpevolezza gli elementi soggettivo – descrittivi, stava smarrendo i confini, fino ad arrivare a perdere la propria identità¹⁴. Dinanzi a questo quadro, RADBRUCH rifiutò il concetto naturalistico e pregiudicato di azione come movimento corporeo volontario dal quale derivano effetti sul mon-

¹¹ E. SCHMIDHAUSER, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, trad. di J. Bustos Ramírez, in *Nuevo pensamiento penal*, n. 5-8, Buenos Aires, 1975, pp. 45-46.

¹² In via del tutto schematica possiamo dire che la *teoria classica del reato* formulò una costruzione bipartita che suddivideva in due categorie lo studio del reato: fatto materiale *contra ius* e colpevolezza [elemento oggettivo ed elemento soggettivo, N.d.T], in modo tale che tutte le componenti oggettive dell'azione si integrano nel primo elemento (azione, omissione e causalità) e i requisiti soggettivi nel secondo (dolo, colpa, imputabilità). La teoria muoveva da un concetto causale dell'azione: volontà esterna e produzione di un risultato percepibile dai sensi. Fu frutto dell'influenza delle scienze naturali e dell'aspirazione ad acquisire verifiche empiriche che, per certi versi, inquadravano il mondo in un duplice ordine classificatorio: fattori oggettivi esterni e processi soggettivi interni (psichico-psicologici).

¹³ Cfr. G. RADBRUCH, *Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin, 1904 (nella raccolta che, sotto lo stesso nome, preparò e pubblicò Arthur Kaufmann), Darmstadt, 1967, pp. 1-150. In particolare pp. 72 e ss.

¹⁴ In questo senso cfr. E. SCHMIDHAUSER, *Sobre la sistemática*, cit., pp. 36 e 37.

do esterno, perché in tal modo non si riusciva a tratteggiare il tipo delittuoso. Di conseguenza, la pietra angolare della teoria del reato non poteva essere il concetto di azione quanto piuttosto la realizzazione del tipo, dove si trova espresso il significato linguistico e sociale del reato¹⁵. Alla luce di questo nuovo approccio, come segnala SCHMIDHAUSER, il precedente sistema, scisso in due, fra azione ed omissione, si trovava riunificato in un unico concetto, ora fondato sulla idea della realizzazione della condotta tipica. Si accentuava così, già dal primo momento, il contenuto materiale del fatto punibile e si iniziavano a tener presenti le conseguenze della pena. Si entrava così in un sistema caratterizzato da apporti valutativi e teleologici, ovvero, nel pieno prosperare del “neokantismo”¹⁶.

Quanto sin’ora illustrato sembra più un’analisi del modello classico o formalista, piuttosto che un esame del “neokantismo”. Ed in un certo senso è così, fondamentalmente per due motivi. Il primo risulta tanto ovvio quanto comune ad ogni processo evolutivo, poiché le diverse ricostruzioni dogmatiche non si succedono come il giorno con la notte ma, al contrario, corrispondono ad un continuo lento divenire, gravido di influenze ed eredità¹⁷. In secondo luogo, cosa che per il nostro obiettivo risulta più importante, il “neokantismo” non cessò mai di essere un correttivo, molto trascendentale se si vuole, al metodo classico. In questo senso fu tanto grande il condizionamento ereditato dal positivismo naturalista e normativista di fine secolo XIX e dell’inizio del secolo XX che, malgrado la piega assiologica impressagli, i suoi sostenitori non poterono mai liberarsi della moltitudine delle contraddizioni che lo caratterizzavano¹⁸.

A questo indirizzo dobbiamo dei significativi progressi nella scienza giuridica in generale e nel diritto penale in particolare. Nella specie, ricordiamo la propen-

¹⁵ G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1930 (anche in Arthur Kaufmann, cit., pp. 151-167, specialmente pp. 161-163).

¹⁶ E. SCHMIDHAUSER, *Sobre la sistemática*, cit., pp. 37-38.

¹⁷ Anche R. MAURACH mise in guardia sull’equivoco di guardare al diritto penale da un punto di vista statico; cfr. *L’evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico*, cit., p. 638.

¹⁸ In effetti, la *teoria neoclassica del reato* non fu niente più che un aggiustamento, una correzione della precedente. Le modifiche, in realtà solo apparenti, si dovettero in gran misura alla necessità di offrire una spiegazione minimamente accettabile nell’applicazione di alcune fattispecie delittuose in relazione alle quali era insostenibile mantenere la tassativa separazione fra il binomio fatto ingiusto – oggettivo e colpevolezza – soggettiva. Così non si trovò altro rimedio se non quello di ammettere che il tipo poteva essere delimitato – in certe occasioni – dalla presenza concomitante di taluni elementi afferenti alla sfera soggettiva. Nonostante questa concessione, il dolo e la colpa continuavano ad essere concepite come forme di colpevolezza. Di conseguenza, la differenza fra le categorie, tipo e colpevolezza, non potette delinearci muovendo dalla separazione fra elemento oggettivo e soggettivo, ma piuttosto dovette essere costruita sulle idee di *dannosità sociale e di rimproverabilità*. Sotto un altro profilo, si continuò a mantenere la concezione causale dell’azione anche se si cercò di superare l’influenza naturalista, facendo appello all’autonomia metodologica delle “Scienze dello spirito” ed all’esistenza di valori superiori sui quali doveva poggiare tutto il diritto.

sione a dettare dei limiti al metodo delle scienze naturali; il richiamo al mondo dei valori; l'importanza conferita alla categoria del bene giuridico; l'apertura del sistema alle cause *sovralegali* di giustificazione; l'elaborazione della teoria normativa della colpevolezza; lo sviluppo degli elementi soggettivi del fatto ingiusto; o la delimitazione del Diritto penale dinanzi alla Criminologia. Ciò nonostante, malgrado questo progresso, il sistema "neokantiano" fallì, sotto il peso dei vincoli del passato¹⁹.

Questo fallimento fu riconducibile, fra le altre ragioni, ad una contraddizione insormontabile, frutto di una sovrapposizione metodologica. In effetti, i suoi sostenitori non furono in grado di armonizzare il bagaglio concettuale ereditato dal positivismo con le nuove tesi di natura assiologica. Risulta evidente la difficoltà di mantenere, allo stesso tempo, un giudizio positivista e valutativo della norma. Ecco perché M.E. MAYER creerà quelle che sono chiamate "norme di cultura", nelle quali risiedono i valori ai quali la legge penale fa riferimento²⁰. Del pari, secondo MEZGER, la legge penale rimanda al "Diritto sovralegale"²¹.

Allo stesso modo, però, il dualismo metodologico diviene insostenibile nel complesso della costruzione della teoria del reato. Dal un lato, la sua filosofia dei valori assegna un ruolo predominante al bene giuridico e con questo, all'idea della realizzazione del tipo come pietra angolare del sistema. Tuttavia, per poter costruire una sistemica coerente con siffatto schema di base, si sarebbero dovute demolire previamente le premesse del formalismo e più in particolare, il concetto naturalistico di azione. Quest'ultima, ricevuta in eredità quale concetto principale e superiore dai filosofi hegeliani, continuava ad essere concepita nel suo significato causale (movimento corporale, più volontarietà, più nesso causale ed evento), cioè, come fatto esterno-oggettivo. In questo modo, l'azione continuò a costituire l'idea superiore del sistema, giacché era questa e non il bene giuridico a fungere da criterio delimitatore e fondante del tipo. L'azione continuò ad incarnare l'asse del sistema e rispetto alla stessa si declinavano le caratteristiche della tipicità e dell'antigiuridicità. Allo stesso tempo, siccome era definita come fatto oggettivo esterno e su questa si articolavano tipicità ed antigiuridicità, gli elementi soggettivi del fatto materiale *contra ius* trovavano una difficile sistemazione²².

¹⁹ Cfr. B. SCHÜNEMANN, *El sistema moderno de derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. di J. M^a. Silva Sánchez, Madrid (Tecnos), 1991, pp. 47-53.

²⁰ M.E. MAYER, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1937, p. 81 e ss.

²¹ Si veda E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, cit., pp. 329-335 e 336-339; M.E. MAYER, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 82 e 83; parimenti, cfr. *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Dannstadt, 1965 (ristampa), p. 28 e ss.

²² In termini uguali ARMIN KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*, trad. di L.H. Schiffrin, in *Nuevo pensamiento penal*, n. 5-8, Buenos Aires, 1975, p. 161.

In via riassuntiva, e per concludere questa schematica approssimazione critica al modello “neokantiano”, si può dire che questo fallì perché non fu capace di armonizzare una concezione causale dell’azione con una nozione del tipo come tipo del fatto *contra jus*. Tutto questo sfociò nelle già note deficienze mostrate nell’offrire una spiegazione unitaria dei delitti di azione e di omissione, o dei delitti dolosi e colposi, o degli elementi soggettivi del tipo ecc. A queste fallacie bisognerebbe aggiungere quelle non meno importanti che risiedono in un metodo eccessivamente formalista ed astratto, massimamente avulso dalla realtà ed dalle conseguenze pratiche alle quali conduceva. Ovvero, la formulazione di una “scienza neutra”.

Ecco perché MEZGER, come BELING, M.E. MAYER o GRAF ZU DOHNA, ammettono il “complesso delle norme di cultura”. Siccome nessuna legge esaurisce la totalità del diritto, occorre affermare l’esistenza di un diritto *sovralegale*.

Le leggi – diranno – sono emanazione positiva del diritto e questo è possibile soltanto alla luce di determinati presupposti. Questi presupposti della legge costituiscono l’intero “complesso della cultura”. Il diritto *sovralegale* deve essere tenuto in considerazione nel momento della formazione dei concetti giuridici e nel momento della loro interpretazione²³.

Conseguentemente, sostenendo questa concezione della teoria della norma, MEZGER, ritiene che l’idea di valore si riferisca a queste “norme di cultura” e, più esattamente, che si tratti di una loro manifestazione concreta e determinata. Muovendo da questa nozione di diritto dove la legge non è decisiva, ma rinvia a fonti esterne – al diritto *sovralegale* ed ai valori culturali che la integrano, conformando il contenuto dell’ordinamento giuridico – si produce una idealizzazione del concetto di bene giuridico, poiché il suo contenuto si allontana dalla realtà, basandosi direttamente su questo etereo diritto *sovralegale*.

Questa ricostruzione è stata oggetto di numerose critiche. È sufficiente qui mettere in risalto alcune, come quella che denuncia il relativismo assiologico al quale conduce la sistematica neokantiana quando equipara tutte le possibili opzioni valutative. Oltre al rischio politico che comporta, questa tesi implica anche una insanabile contraddizione metodologica: muove da una netta distinzione fra i fatti, collocati in una dimensione ontica ed i valori, collocati in una dimensione deontica (dover essere), ma siccome richiede che i valori nascano da un “complesso culturale”, quindi, dalla realtà, finisce per negare il punto di partenza facendo derivare i valori dai fatti (realtà = complesso culturale)²⁴.

Però questo comporta ancora ulteriori problemi. Se le leggi contengono norme e queste vengono a costituire presunzioni intersoggettive di validità, nel situarle

²³ Cfr. E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 329-334, e 336-339.

²⁴ In questo senso si pronuncia ampiamente T.S. VIVES ANTÓN, *Dos problemas del positivismo jurídico*, in *Escritos penales*, Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho penal de la Universidad de Valencia, 1979, pp. 360-361.

all'esterno dell'ordinamento giuridico, in un "complesso culturale" imposto, non si sa bene, né per chi, né come, né quando né a quale principio razionale rispondono, e neppure se sia stato seguito un criterio di generalizzazione nella creazione²⁵. La teoria della norma di MEZGER – paradigma di tutt'un'epoca – riposa poi sopra una base irrazionale e ideologicamente pericolosa²⁶.

3. Sintesi della successiva evoluzione

Torniamo da dove siamo partiti: la dogmatica presuppone il diritto penale e la dogmatica penale è considerata una scienza, pertanto scevra dal profilo valutativo. Conformemente a questo modello di analisi, le tesi dogmatiche maggioritarie elaborate muovendo dal modello classico e neoclassico, mantengono sostanzialmente questo duplice presupposto.

Da questo punto di vista si può affermare che la "teoria finalistica dell'azione" di WELZEL mantenne come premessa che l'oggetto "in quanto tale" condiziona il metodo della scienza del diritto penale. Di conseguenza, questa teoria rappresentò unicamente una variante nel modo di concepire la natura dell'oggetto, l'azione, accettando comunque le identiche premesse centrali. Il suo "nuovo sistema", di preciso, consistette soltanto in un modo diverso di concepire l'azione. Secondo WELZEL l'essenza dell'azione dell'uomo è la finalità: l'essere umano anticipa strumenti, procedimenti ed obiettivi e di conseguenza, quando agisce, persegue sempre uno scopo (sovradeterminazione finalistica del volere)²⁷. Ne discende che la struttura ontica dell'azione coincide con la finalità perseguita e questa struttura logico oggettiva deriva dalla realtà, dal mondo dell'essere, motivo per il quale la teoria del reato e parimenti la legge ed il legislatore sono tenuti a recepirne gli assunti. Questo postulato costituisce in tutto e per tutto una dichiarazione di principio: la *dogmatica* giuridico penale è determinata da una grandezza ontologica indiscutibile ed empiricamente dimostrata. Il precipitato di questa tesi è semplice: il diritto penale è una scienza e proprio come la dogmatica, sono vincolati all'oggetto.

²⁵ Cfr. J. HABERMAS, *La lógica de las ciencias sociales*, trad. di M. Jiménez Redondo, Madrid (Tecnos), 1996, pp. 380-387.

²⁶ Diffusamente su questi pericoli, il lavoro estremamente critico di F. MUÑOZ CONDE, *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*, 4ª ed., Valencia, 2003. In tema, di recente, A. HOYER, *Ciencia del Derecho Penal y nacionalsocialismo*, trad. di F. Guanarteme, in *Revista penal*, n. 23, 2009, p. 41 e ss.; M. DONINI, *La gestión del paso del fascismo a la democracia en Italia. Apuntes sobre la memoria histórica y la elaboración del pasado 'mediante' el derecho penal*, trad. di J. A. Ramos Vázquez, *ivi*, p. 13 e ss.

²⁷ H. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, trad. della 11ª ed. tedesca di J. Bustos Ramírez e S. Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1970, p. 56.

Certamente, questa complessa ed elaborata concezione filosofica tentò di superare il movimento positivista, introducendo nozioni antropologiche e *pregiuridiche* dell'azione che, rivestita ora di una pretesa di verità assoluta, di autentico enunciato scientifico, risulta convertita al ruolo di nuovo fondamento del sistema penale. Da un punto di vista intrasistemico questo comportò cambiamenti strutturali di enorme importanza²⁸.

Le principali critiche rivolte a questo modello si appuntano in particolare sugli inconsistenti ed obsoleti presupposti filosofici, ovvero, sulla base stessa delle sue concezioni ontologiche. Se lo analizziamo da un punto di vista estrinseco o dei suoi fondamenti, in realtà il finalismo appare carente di un modello filosofico di riferimento solido ed autentico, riscontrabile nelle varie premesse stratificate degli originali modelli filosofici (specialmente del neokantismo)²⁹. Sebbene ciò non occupi la nostra attenzione nel presente lavoro, anche il finalismo ha ricevuto importanti critiche che si incentrano sul suo aspetto dogmatico o sistematico (la prospettiva interna)³⁰. Malgrado queste aspre critiche e malgrado la perdita di centralità e di consensi, il modello del finalismo ha esercitato una influenza notoria nelle elaborazioni dottrinali posteriori. Per non parlare del suo importante contributo allo sviluppo di una nozione normativa della colpevolezza ed alla pervasione nel pensiero penalistico di un orientamento teleologico.

Per tutte queste ragioni, si è detto, mettendolo poi per iscritto, che il finalismo costituisce il nesso di congiunzione, sebbene non l'unico, neppure nella dottrina tedesca³¹, fra il neokantismo e le dottrine contemporanee³².

Anche se oggi permangono nella letteratura penalistica tesi sistematiche minoritarie, fedelmente conformi al modello neoclassico o al modello finalista, certo è che la dottrina tedesca dominante si ascrive ad un prototipo eclettico o di sintesi di questi due modelli. Schematicamente si potrebbe dire che è erede diretta della sistematica di LISTZ, BELING e RADBRUCH. Così, la teoria del reato continua a far

²⁸ Infatti, siccome tutte le azioni sono dirette ad un fine, perseguito con coscienza e volontà, il dolo appartiene all'azione stessa e di conseguenza pertiene alla sfera della tipicità. Muovendo da questo assunto, la teoria del reato inizia a distinguere fra tipo oggettivo, tipo soggettivo e colpevolezza.

²⁹ M. COBO DEL ROSAL, T.S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 1990, pp. 288-289.

³⁰ Quanto alle critiche dogmatiche, spiccano, da una parte, quelle che evidenziano le serie difficoltà nella spiegazione dei delitti colposi i quali, per definizione, mancano di intenzione (cioè non sono predeterminati ad una finalità), e dall'altra quelle che evidenziano come gli enunciati di questa teoria conducano ad un inevitabile collocazione del fatto materiale *contra ius* nella dimensione soggettiva. Cfr. J.A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 2ª ed., Universidad de Valencia, 1978.

³¹ J-Mª SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 51 e ss; p. 74 e ss; p. 135 e ss. Parimenti si esprime nel Prólogo a *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. di J-Mª Silva Sánchez, Madrid, 1991, p. 12 e ss.

³² S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, cit., p. 279.

proprio lo schema di base del finalismo, non tanto nella prospettiva ontologica quanto in quella normativista, grazie anche al recupero dei contributi di ENGISH e DOHNA ed all'accoglimento di quell'impostazione eclettica auspicata da GALLAS. Questo quadro si declina in modo duplice: da un lato, riesce ad armonizzare il pensiero sistematico con la topica; dall'altro, concilia le esigenze nascenti dalla prospettiva ontologica con quelle di natura normativa, queste ultime decisamente preponderanti.

Tuttavia, le ricostruzioni sistematiche oggi dominanti, muovendo da questo eclettismo, hanno ricevuto un impulso dal prosperare delle *sistematiche funzionaliste* o *razional-teleologiche*³³ ed hanno dato luogo ad una conclamata influenza a livello internazionale. A parte i riflessi sulla sfera interna o sistematica del diritto penale, qui a noi interessa osservare il contributo che queste tesi hanno apportato ai profili fondamentali del diritto penale³⁴. Le differenti correnti funzionaliste presentano aspetti comuni di difformità dal finalismo in ragione della loro contrarietà al metodo logico-astratto (ROXIN) o delle censure mosse nei confronti dell'approccio ontologico (JAKOBS). A parte le note differenze, queste tesi sono accomunate dal loro approccio contrario al formalismo giuridico, approccio al quale si correla la pretesa di costruire un diritto penale orientato alle sue conseguenze³⁵.

È interessante affacciarsi all'analisi dei fondamenti ultimi del diritto penale privilegiando un punto di vista esterno, specializzato e certamente autorizzato a penetrare nelle logiche del diritto: stiamo parlando del pensiero filosofico. In questo contesto è noto come le teorie eclettiche dominanti confluiscono nella corrente denominata *funzionalismo*, sia nella sua formulazione più radicale, *strategica* o sistemica, o nell'altra più moderata, conosciuta come *funzionalismo teleologico*³⁶.

La corrente più influente è sicuramente quest'ultima, il *funzionalismo teleologico*, che si deve all'opera di ROXIN. Un obiettivo essenziale perseguito da questo Autore attiene alla riconciliazione della dogmatica con la politica criminale, cosciente com'è del rischio di metter da parte le conseguenze sulla realtà prodotte dalle tesi sistematiche. Per riuscire in questa riconciliazione, rifuggendo uno scostamento da entrambe le variabili, questi propone una rifondazione del diritto pena-

³³ B. SCHÜNEMANN, *Introducción al pensamiento sistemático en derecho penal*, in *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, trad. di J-M^a Silva Sánchez, Madrid, 1991, p. 31 e ss.

³⁴ In sintesi, i principali cambiamenti consistono essenzialmente nel rifiuto della concezione ontologica dell'"azione finale", con l'assunzione, in cambio, delle sue conseguenze sistematiche: il passaggio del dolo al tipo soggettivo; il mantenimento di criteri materiali quali la *dannosità* o la *rimproverabilità*; e la separazione fra tipo (disvalore di azione e di risultato) e colpevolezza (attitudine interna, potere di agire in modo diverso, evitabilità).

³⁵ J-M^a SILVA SÁNCHEZ, Prólogo a *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, cit., p. 12 e ss.

³⁶ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, 2^a ed., Valencia, 2011, p. 441 e ss.

le attraverso l'orientamento della dogmatica alle valutazioni politico criminali³⁷. La chiave della sua tesi poggia sulla categoria dei fini del diritto penale e più precisamente sui fini della pena, assumendo una forma peculiare in ognuno dei suoi livelli strutturali. L'Autore ha di mira la creazione di un "sistema aperto", "teleologico" e "pratico". Aperto perché flessibilizza il sistema consentendo l'ingresso di criteri garantisti, mediante l'introduzione *ab externo* di criteri valutativi. Teleologico perché il suo sistema si proietta verso le conseguenze del diritto penale. E pratico perché ricerca un punto di sintesi fra le tesi sistematiche e quelle topiche³⁸.

Quello che conosciamo come *funzionalismo strategico o sistematico* si distingue – agli effetti che qui ci interessano – per una assolutizzazione del criterio funzionale e per il conseguente rifiuto di qualsivoglia limitazione proveniente dalla realtà o dal linguaggio. La purezza metodologica si erige alla sua massima portata e muove sino alle sue massime conseguenze. Inoltre, al diritto penale si attribuisce una funzione sistemica, ovvero esclusivamente preventiva. Donde, più che una costruzione normativa, ci troviamo dinnanzi ad una spiegazione sociologica nella quale riveste un ruolo essenziale la stabilità o la funzionalità sociale.

La genesi e gli sviluppi del *funzionalismo* sono ben noti. Pur tuttavia quel che oggi si identifica con funzionalismo non corrisponde esattamente al punto di vista del suo creatore, il "principe del funzionalismo", PARSONS, che formulò la teoria negli anni trenta dello scorso secolo³⁹. Le modifiche, le critiche, persino la sua stessa ambiguità semantica, hanno consentito di affermare che si tratta della locuzione più equivoca dell'intero panorama della sociologia giuridica⁴⁰. In realtà, non esiste un concetto unico di funzionalismo perché in questa corrente coesistono una pluralità di diversi approcci⁴¹. Queste differenze non hanno mancato di influenzare il diritto, soprattutto grazie all'opera di LUHMANN.

In sostanza, il *funzionalismo* nella formulazione originaria di PARSONS, fa asurgere l'azione a categoria di base e la concepisce come quel processo attraverso il quale gli individui elaborano le loro intenzioni e le rendono effettive. La società e nel suo seno le persone, costituiscono una unità sociale concepita come un tutt'uno,

³⁷ In questo senso, di recente, F. MUÑOZ CONDE, *Dogmática jurídico-penal y política-criminal: una relación conflictiva, pero necesaria*, in *Revista penal*, n. 33, 2014, p. 117 e ss.

³⁸ C. ROXIN, *Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales*, in *Problemas actuales de la dogmática penal*, trad. di M. Abanto, Lima, 2004, p. 20 e ss.

³⁹ L'origine della teoria dei sistemi sociali si fa risalire alla fisiologia, nell'opera di MALINOWSKI, ed alla psicanalisi di FREUD. Estesamente in E. NAGEL, *La estructura de la ciencia*, trad. di N. Míguez, Barcelona, 1981, p. 469 e ss; R. DAHRENDORF, *Sociedad y sociología*, trad. di J. Benlloch, Madrid, 1974, p. 170.

⁴⁰ A. FEBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975, p. 30.

⁴¹ E. NAGEL, *La estructura de la ciencia*, cit., p. 468.

come un sistema organico (organizzazione chiusa, costruita ad immagine di un organismo), che deve essere assicurata con ogni mezzo. A questa visione contribuisce il concetto di “ruolo” come unità di condotta impersonale orientata verso gli altri attori. Da qui nasce la nozione di aspettative, giacché speriamo e confidiamo nel fatto che gli altri recitino il ruolo che spetta loro. La necessità di equilibrio, come fattore connaturato all’intero sistema, riveste grande rilievo e quindi ogni funzione e ogni processo sociale si ripercuote nella struttura. È proprio la realtà sociale che distribuisce, che impone l’assunzione di ruoli sulla base di un “contratto-valore”. In ultimo, la sua visione della “condotta deviata”, concepita come errore o assenza di norme morali, è definita come una anomia⁴².

Fra le critiche che sono state mosse, ne sottolineo alcune. La sua visione della società come una struttura stabile e permanente, sfocia in una ideologia conservatrice incapace di spiegare il cambiamento ed il progresso sociale. Inoltre, l’Autore sarebbe incapace di offrire una spiegazione alla totalità dei fenomeni sociali riducendo tutto alla categoria del “ruolo”, che a sua volta, essendo concepito in una forma tanto rigida, annulla qualsivoglia capacità di autonomia dell’individuo (“determinismo sociale”). Parimenti è stata oggetto di censura la sua idilliaca descrizione di una società in perfetto equilibrio, nella quale si ritiene che ogni conflitto sia evitabile, dove si ripone fiducia nella malleabilità e nella conformità dell’attore sociale con il suo ruolo. Questo sarebbe possibile solo in ragione della sussistenza di un codice morale comune e della speranza nella risocializzazione del “peccatore” che non presti ossequio o dissenta rispetto alla funzione che gli è stata assegnata (“morale o religione della rinuncia sociale”)⁴³.

Per evitare queste critiche LUHMANN imprime una svolta alla sua teoria. Non parla di “strutturalismo funzionalista” ma di “funzionalismo strutturale”. Così, l’essenziale non sarà determinare il complesso unitario delle condizioni necessarie a mantenere la struttura sociale: la premessa riposa piuttosto sulla determinazione delle condizioni necessarie a che si sviluppi quella funzione che la struttura sociale esige⁴⁴. Si mira così ad evitare le critiche di immobilismo, organicismo e conservatorismo mediante l’elaborazione di una teoria del “sistema-ambiente” nella quale si

⁴² Cfr. T.B. BOTTOMORE, *La sociología como crítica social*, trad. di A. Monrabá, Barcelona, 1976, p. 27; A. GOULDNER, *La crisis de la sociología occidental*, trad. di N. A. Miguez, Buenos Aires, 1979, p. 159 e ss., e p. 388-389; H. GERTH, C. WRIGHT MILLS, *Carácter y estructura social*, trad. di E. Gelín y J. Balan, Barcelona, 1984, p. 21 e ss.; R. DAHRENDORF, *Sociedad y sociología*, cit., p. 174.

⁴³ Cfr. gli autori citati nella nota precedente ed anche N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 2ª ed., Milano, 1977, pp. 99-1001; R. BOUDON, *La lógica de lo social*, trad. di L. Horno Liria, Madrid, 1981, p. 67 y ss; T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 175 e ss.

⁴⁴ N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. di I. De Otto Pardo, Madrid, 1983, pp. 16-27.

ammettono cambiamenti e mutamenti sociali. Muovendo da queste premesse l'Autore costruisce il suo sistema giuridico nel quale spicca un atteggiamento di soggezione della dogmatica che si sostanzia nel dare per presupposte le valutazioni imposte dal legislatore. Con la conseguenza che i riferimenti assiologici rimangono al di fuori del sistema giuridico⁴⁵.

Pur tuttavia, anche questa svolta non ha mancato di sollevare numerose critiche. In particolare FEBRAJO è arrivato a dire che in realtà non sussiste alcuna differenza sostanziale rispetto alla formulazione iniziale, al di là di una semplice modifica terminologica. Per questo Autore il sistema giuridico in esame è particolarmente astratto e posto al servizio dell'integrazione dell'individuo nella struttura sociale. Si concepisce il diritto come un meccanismo di controllo e configurazione sociale, la cui finalità ultima sarebbe quella di mantenere le "disillusioni sociali" all'interno di limiti tollerabili. Dunque, il diritto non eserciterebbe una funzione di risoluzione dei conflitti di interesse quanto piuttosto sarebbe destinato ad assicurare il mantenimento e la sopravvivenza del sistema. Muovendo da questi assunti si sono riproposte critiche identiche, fra le quali emergono quelle di idealismo, di utopia e di volontarismo⁴⁶.

Il concetto funzionalista del diritto auspicato da LUHMANN, ha ricevuto critiche demolitorie⁴⁷, fra le quali spicca quella formulata da HABERMAS. L'Autore inizia denunciando la rinuncia a trovare un fondamento giustificativo alle norme con il pretesto della loro irrazionalità e quindi, con questo argomento, nega ogni possibilità di riconoscerne un fondamento logico-argomentativo (ragion pratica). Prosegue equiparando i fatti alle norme – il piano dell'"essere" a quello del "dover essere" – come funzionalmente equivalenti. Tuttavia, percepisce una condotta "sospetta" nella concettualizzazione del "diritto positivo", perché LUHMANN non lo concepisce come il prodotto di una semplice decisione (decisionismo). Allora, dunque, un complesso di norme così giustificate, senza alcun riferimento che lo legittimi, smetterebbe di essere funzionale. Per questo si vede obbligato a ricorrere espressamente alla ideologia come punto di riferimento: anche se questa scade nell'irrazionalismo, non smette di operare utilizzando un supporto assiologico profondamente ideologizzato e chiamato a formulare giudizi di valore. In altre parole, vi si introducono i valori propri dell'interprete⁴⁸.

In seno al diritto penale, le teorie funzionaliste, oltre ad offrire una spiegazione funzionale della società e delle norme, riducono l'azione umana ad una aspettativa,

⁴⁵ A. FEBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociología*, cit., pp. 29 e 30.

⁴⁶ A. FEBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociología*, cit., pp. 51-79.

⁴⁷ V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari, 1987, p. 7 e ss.

⁴⁸ J. HABERMAS, *La lógica de las ciencias sociales*, trad. di M. Jiménez Redondo, Madrid, 1988, pp. 309-320, 326; e, pp. 382-387. Per questo Autore se le norme possono essere razionali o irrazionali allora possono giustificarsi in un discorso pratico, ma sul piano ontologico non sono né vere né false.

allo svolgimento di ruoli ed al primeggiare della nozione di dovere, orientandosi a finalità generalpreventive. Nella sua versione radicale suppone una nozione meramente descrittiva e valutativamente neutra della società e del diritto. Dinanzi ad una ricostruzione tanto vuota e soggettiva, quanto ideologicamente pericolosa – in grado anche di giustificare qualsivoglia regime politico e giuridico – gli autori più moderati accorrono a svariati correttivi di matrice teleologica e valutativa, ovvero si vedono obbligati a mutuare da un sistema extragiuridico i riferimenti assiologici⁴⁹. Nonostante questo, occorre dare contezza del fatto che quei penalisti appartenenti a questo orientamento, non sono esattamente fedeli ai postulati fissati dallo stesso LUHMANN⁵⁰.

Mi sembra davvero interessante richiamare l'attenzione sulla sintonia di questo movimento caratterizzato da radici sociologiche con l'ormai famoso "diritto penale del rischio". L'espansione del diritto penale trae origine da una pluralità di fattori che hanno indotto a proclamare «l'impossibilità di tornare al vecchio e buono diritto penale liberale»⁵¹. Tuttavia, senza dubbio, questa forte trasformazione del paradigma, una autentica modifica strutturale di fondo, è stata propiziata anche dall'impulso che il *funzionalismo* ha conferito all'idea di pericolo, ponendola al centro del sistema. Ad esempio, come fa notare SILVA SANCHEZ, con riferimento all'emergente "diritto penale dell'impresa", la struttura classica che vede la proibizione diretta del rischio giuridicamente non consentito, si è poi trovata a convivere con altri criteri più complessi: il rischio consentito condizionato, il principio di precauzione, e il divieto del mero sospetto del rischio⁵². Come sottolinea questo autore, tutti questi fattori comportano un cambiamento di prospettiva in ragione del quale l'*amministrativizzazione* del diritto penale, la nozione di "gestione del rischio" e la neutralizzazione dei soggetti non risocializzabili (*inocuidación*)⁵³ rivestono una centralità crescente nella riflessione della moderna dottrina maggioritaria.

⁴⁹ E. ORTS BERENGUER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, 2011, pp. 194-196.

⁵⁰ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 555 e ss.

⁵¹ J-Mª SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001, p. 149 e ss. In ogni caso, l'espansione del diritto penale non è fenomeno recente, esclusivo appannaggio delle società post industriali. Il diritto penale ha visto larga diffusione in certi periodi storici dell'età moderna, ed in particolare durante la prima decade del secolo XIX. Su questo si veda, T. VORMBAUM, *El derecho penal fragmentario en la historia y la dogmática*, trad. di F. Muñoz Conde, in *Revista penal*, n. 29, 2013, p. 213 e ss.

⁵² J-Mª SILVA SÁNCHEZ, *Criminalidad de empresa y compliance*, Barcelona, 2013, p. 13.

⁵³ La "*inocuidación*" consiste nella neutralizzazione, attraverso l'isolamento o l'eliminazione del criminale che non è possibile reinserire nella società, con l'obiettivo che non possa continuare a mantenere condotte criminali. Cfr. J.A. PÉREZ TOLENTINO *La inocuidación como prevención especial negativa*. *Archivos de Criminología, Criminalística e Seguridad Privata*, 2012, vol. VIII, 1 [N.d.T]

D'altra parte, da un punto di vista teorico, il *funzionalismo* e la sua pretesa scientifica, offrono la sponda alla reviviscenza di un vecchio fantasma che sopravvive in seno al diritto penale liberale: l'idea di pericolosità. In effetti, proprio la sua concezione dell'azione come aspettativa, insieme alla finalità della messa in sicurezza del sistema ed alla finalità preventiva, propiziano il progresso dell'intervento penalistico. In stretto collegamento con queste questioni, deve farsi riferimento, sebbene come semplice richiamo, alla centralità che oggi nella nostra disciplina rivestono le neuroscienze, un nuovo approccio del diritto come scienza che fonda una pretesa di verità⁵⁴.

In sintesi, si può dire che i perni della discussione hanno girato intorno a due idee centrali: norma e azione. L'una e l'altra condizionano la configurazione delle altre categorie penali e soprattutto determinano la funzione e la legittimità attribuita allo *ius puniendi*.

Senza sottrarre importanza ad aspetti metodologici fondamentali, né alle conquiste maturate in questi ultimi decenni grazie allo sviluppo della metodologia sistematica (dogmatica penale), il bilancio che può farsi non è scevro da ambiguità che risiedono nell'utilizzo di postulati, di notevoli variabili occulte e di alte dosi di incertezza. Così, l'elaborazione teorica ha portato per lo più avanti polemiche sterili su categorie interne, caratterizzate da un alto grado di astrazione e nessuna ripercussione pratica. Si potrebbe dire che, mentre il nostro mondo cambia velocemente, sottoponendo ad una trasformazione radicale e profonda le istituzioni, le relazioni personali e sociali, culturali economiche e politiche, numerosi teorici del diritto penale continuano a portare ostinatamente avanti discussioni bizantine aventi ad oggetto la perfezione del sistema della teoria giuridica del reato. Ne discende che lo strumento, il mezzo – la teoria giuridica del reato – hanno continuato ad assorbire il dibattito, mutando fino a diventare il fine supremo dello stesso. Così, invece di cercare di comprendere e offrire soluzioni a queste evoluzioni, la scienza del diritto penale si arroccava su se stessa.

Ma l'eccessivo protagonismo dello studio astratto e dogmatico della teoria giuridica del reato non solo ha posto fuori fuoco l'analisi delle sue categorie, ma ha inoltre consolidato la tradizionale disattenzione al sistema delle fonti, ai diritti e garanzie fondamentali ed alla teoria delle conseguenze giuridiche. Il risultato è stato un permanente distanziamento dalla giurisprudenza, dal potere legislativo e persino dall'opinione pubblica. Distanziamento che non solo riguarda il metodo, la prospettiva, ma anche il linguaggio e talvolta sembra coinvolgere anche i valori. Al crescere di queste grandezze fino al raggiungimento di un certo coefficiente di lontananza, come due galassie che scorrono in parallelo, il grado di influenza e di utilità

⁵⁴ Diffusamente ed in senso critico J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Ciencia, libertad y derecho penal*, Valencia, 2013.

pratica (applicativa) di numerose costruzioni teoriche è andata proporzionalmente discendendo.

La coesistenza di due sub sistemi sovrapposti è forse una caratteristica del modello continentale europeo e latinoamericano, molto diverso dal sistema che si è sviluppato nei Paesi anglosassoni⁵⁵. In questi ultimi permane una vocazione più pragmatica, non solo incarnata dal predominio del diritto processuale e da una maggiore aderenza al diritto penale materiale⁵⁶, ma soprattutto dall'enfasi riservata all'esame approfondito delle questioni costituzionali essenziali: specialmente sulla vigenza e grado di applicazione dei diritti fondamentali e delle garanzie penali⁵⁷.

A parte tutto, non è ozioso ricordare che – insieme alla discussione sulle categorie interne del diritto penale – le sfide essenziali del diritto penale coincidono con le questioni che a loro volta sono centrali nella riflessione della filosofia politica e morale: l'azione, la norma, il castigo, la responsabilità, la libertà ecc. Fatta questa premessa è forse possibile evitare gli ostacoli evidenziati, specialmente quelli che si riferiscono al relativismo valutativo (neutralità scientifica) ed alla circolarità sistemica.

4. Il dilemma del diritto penale: dogmatica, politica e scienza

4.1. Diritto penale e politica: Stato di Diritto e sistema dei diritti fondamentali

Storicamente si registra un costante ed enorme timore nel riconoscere qualsivoglia tipo di contatto fra diritto e politica. Questo timore è palese in seno alle correnti positiviste e funzionaliste ed in particolare in quelle più radicali. Però, forse, la questione si è acuita negli ultimi tempi in conseguenza di un certo deterioramento della funzione del diritto in generale e del diritto punitivo in particolare, frutto delle profonde trasformazioni sociali, economiche e culturali⁵⁸.

⁵⁵ In senso critico rispetto alle pretese conquiste scientifiche della dogmatica penalistica tedesca, M.D. DUBBER, *The promise of german criminal law: a science of crime and punishment*, in *German Law Journal*, n. 7, 2005, p. 1051 e ss.

⁵⁶ Una approssimazione comparatistica fra i due modelli si può individuare recentemente in N. OXMAN, *Sistemas de imputación subjetiva*, Valencia, 2014.

⁵⁷ L'allontanamento della politica criminale elaborata dalla dottrina, tanto dalla prassi quanto dalla politica reale, così come l'interessante ripartizione di ruoli fra giurisprudenza e dottrina da una parte e il legislatore dall'altra, come gioco "dei ruoli" in Italia, è stata ben messa in luce da M. DONINI, *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*, trad. di C. Méndez Rodríguez, in *Revista penal*, n. 13, 2004, pp. 77-79.

⁵⁸ Per esempio si veda M^a. L^a. CUERDA ARNAU, *Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto*", in *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 8, 2010, p. 121 e ss.

Come ci spiega BARCELONA, il giurista contemporaneo si sente frustrato dalla perdita di contatto con la realtà, ma si vede esposto ad un dilemma perché se accetta l'esistenza di una compenetrazione fra il diritto e la politica, sembra costretto a negare l'autonomia ed il carattere scientifico della sua disciplina. Ma se, al contrario, nega questa correlazione, sottolineando l'autonomia e la scientificità della scienza giuridica, deve rimanere con gli occhi bendati dinanzi alla realtà. Così il prezzo della conoscenza può essere la confusione e la paura dinanzi a ciò che non si conosce, mentre il prezzo dell'autonomia scientifica può essere la cecità. A giudizio dell'Autore, l'autonomia del diritto inteso come scienza poggia su tre pilastri fondamentali: la separazione fra diritto e morale (KANT), la separazione fra economia e politica (SMITH), la separazione fra Stato e società civile (SAVIGNY)⁵⁹.

Naturalmente, la dottrina maggioritaria ammette la sussistenza di una inequivoca influenza fra la politica ed il diritto. Storicamente questa interazione è palese nell'evoluzione dei diversi modelli ideologici dello Stato. In questo senso, il diritto penale è frutto di ognuna delle diverse forme di organizzazione del potere politico. Così, il nostro attuale diritto penale è indissolubilmente vincolato allo Stato sociale e democratico di diritto.

Ora, dunque, dobbiamo domandarci se questo legame fra politica e diritto si limita a trovare una collocazione in una dimensione estrinseca o se, al contrario, possiede anche un fondamento intrinseco. Una prima risposta a questa domanda possiamo trovarla nelle diverse correnti del "positivismo" del quale, in parte, sono tributarie le costruzioni sistematiche e funzionali del diritto penale. Tuttavia, questa affermazione necessita di importanti precisazioni.

Superato il primigenio "positivismo naturalista", nel "positivismo giuridico" emerge il c.d. "positivismo scientifico", protetto nel più puro razionalismo. Il diritto è concepito come un sistema chiuso, senza lacune, nel quale entra solo una interpretazione giuridica e libero da qualsivoglia valutazione politica. In un momento successivo possiamo porre in risalto la comparsa del "positivismo legale o normativista" secondo il quale la legge esaurisce in sé l'idea di diritto e di giustizia⁶⁰.

Con maggior precisione BOBBIO ha distinto tre modi diversi di concepire il termine "positivismo". Il primo significato connota un modo di relazionarsi con il diritto, caratterizzato da una radicale separazione fra il diritto "che è" e il diritto che "dovrebbe essere". In una seconda accezione, il positivismo dello Stato, è definito come complesso di norme regolatrici dell'uso sociale della forza, che proclama la

⁵⁹ P. BARCELONA, D. HART, U. MUCKENBERGER, *La formación del jurista*, trad. di C. Lasarte, Madrid, 1977, p. 32 e 45 ss.

⁶⁰ F. WIEACKER, *Historia del derecho privado en la edad moderna*, trad. di Fernández Sardón, Madrid, 1957, p. 378 e ss. Afferma che il primo difetto della scienza penalistica è il "normativismo integrale", ovvero la riduzione del diritto a mera norma, M. DONINI, *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*, cit., p. 67 e ss.

supremazia della legge e concepisce le norme come imperativi. In terzo luogo, il positivismo si erige in una teoria della giustizia che o la identifica con il diritto positivo o sostiene che l'obbedienza alla legge costituisca un valore superiore indipendentemente dal suo significato morale⁶¹. Ciascuno di questi modi di concepire il positivismo è indipendente dall'altro⁶². Malgrado questa indipendenza reciproca, trovano un punto di contatto nel sostenere che vi sia una distinzione fra il diritto "che è" e il diritto del "dover essere". Donde solo il primo può considerarsi oggetto della scienza giuridica.

Dinanzi a queste tesi positiviste, a questa domanda ha appropriatamente risposto HABERMAS. Secondo questi, sostenere l'autonomia del sistema giuridico non comporta una separazione completa fra diritto e politica. Il diritto, neppure se si converte in positivo, rompe le sue relazioni interne con la politica⁶³.

Secondo HABERMAS la vera questione è la seguente: i fondamenti politici – morali o etici se si preferisce – del diritto positivo non possono esplicitarsi nella forma di un diritto naturale-razionale superiore⁶⁴. Ma d'altra parte non si può liquidarlo senza sostituirlo, pena la privazione di quel "momento di assenza di condizionamento di cui ha bisogno". Allora occorre dimostrare come può situarsi nel contesto profondo del diritto positivo il punto di vista politico, rappresentato dalla formazione imparziale del giudizio in ordine alla volontà collettiva. Ma per far questo non è sufficiente positivizzare qualcuno dei principi del diritto naturale-razionale e neppure è sufficiente la sua collocazione nel *corpus* della Costituzione⁶⁵. E non lo è perché tutto nel diritto è contingenza ed è soggetto al cambiamento della volontà collettiva. Da qui il fatto che la politica, se si desidera collocarla nel diritto positivo, deve possedere quel *quantum* di trascendenza sufficiente a garantire un procedimento che si autoregoli e che controlli la propria razionalità⁶⁶.

⁶¹ N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, 1965, p. 378 e ss.

⁶² N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. di J. M. Seña, 1ª ed., Barcelona, 1972, p. 11 e ss.

⁶³ J. HABERMAS, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, trad. di M. Giménez Redondo, Barcelona, 1991, p. 131.

⁶⁴ Qui HABERMAS assume una posizione diversa e critica KANT come il maggiore artefice della ricostruzione del Diritto Naturale razionale sul terreno abbandonato dal Diritto naturale-metafisico. La critica nasce dal fatto che la tesi in esame ritiene una contraddizione distinguere fra due regni autonomi: legalità e moralità, giacché se entrambi riguardano il giudizio della ragion pratica, nel separarli completamente l'uno perde la propria competenza legislativa e l'altro la sua dimensione positiva (*op. cit.*, pp. 148-149).

⁶⁵ In questo senso risulta di grande interesse la proposta di M. DONINI, *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*, cit., p. 83. Sostiene la necessità di ancorare la scienza del diritto penale non solo alle norme ma altresì ai principi. Con questo si vuole esaltarne la vocazione critica e non meramente sistematizzatrice, ampliando l'orizzonte del suo oggetto alla politica criminale "e incluso a la realidad que la política pretende gobernar".

⁶⁶ J. HABERMAS, *op. cit.*, pp. 153-154.

L'idea di uno Stato di diritto, dove vige una divisione dei poteri, legittima un sistema fondato su una razionalità posta a garanzia dell'imparzialità dei procedimenti legislativi e giurisdizionali. Questo tipo di *razionalità procedimentale*, traslata già in parte verso il diritto positivo, costituisce l'unica dimensione possibile per assicurare al sistema giuridico ed al diritto positivo un momento di assenza di condizionamento ed una struttura sottratta all'attacco costante della contingenza. Dunque, ciascuna delle due istanze, legislativa e giudiziale reclama una diversa tipologia di razionalità procedimentale. Nella prima è sufficiente chiedersi se gli obiettivi perseguiti per prendere una decisione sono suscettibili di essere universalizzati, di costituire oggetto di un consenso generale (individuazione del fondamento della norma). Invece, quando arriva il momento di giustificare le decisioni giurisdizionali (applicazione della norma), la razionalità procedimentale necessaria per qualificare la funzione come imparziale non fa appello a che cosa avrebbe fatto la maggioranza, ma al criterio dell'aver tenuto in conto adeguatamente e completamente tutte le circostanze rilevanti alla luce della regola vigente all'interno del conflitto e in modo conforme agli interessi coinvolti⁶⁷.

In sintesi, per HABERMAS, solo così potrà parlarsi di razionalizzazione dei procedimenti giurisdizionali istituzionalizzati. E questa idea nasce dallo Stato di Diritto. Dunque, affermare l'autonomia del sistema giuridico non significa necessariamente sostenere una autonomia sistematica o chiusa su se stessa. L'autonomia non costituisce un attributo che il sistema giuridico pone per sé e basta. Parliamo di autonomia solo nella misura in cui i procedimenti istituzionalizzati per la produzione legislativa e giurisdizionale garantiscono una forma imparziale del giudizio e della volontà comune. In questo modo, afferma l'Autore, penetra tanto nel diritto come nella politica una razionalità procedimentale di tipo etico. Tutte queste questioni rinviano alla teoria dello Stato, perché HABERMAS stesso fa derivare tutte le sue argomentazioni dall'idea dello Stato di diritto⁶⁸.

Questo legame fra la teoria dello Stato ed il diritto penale non è passata inosservata alla dottrina penale. Diverse sono le approssimazioni proposte e tutte tracciano la connessione fra una legge fondamentale di uno Stato di Diritto, sebbene senza dubbio presentino importanti sfumature che, a mio avviso, possono sintetizzarsi nelle tre di seguito esposte. La prima di carattere procedimentale vincola il diritto penale alla teoria dello Stato e quindi alla Costituzione, attraverso i diritti fondamentali⁶⁹. La seconda colloca il punto centrale del contatto nella nozione di Stato

⁶⁷ J. HABERMAS, op. cit., pp. 158-159.

⁶⁸ J. HABERMAS, op. cit., pp. 159-172.

⁶⁹ In Spagna il portavoce più famoso di questa tesi è T.S. VIVES ANTÓN, per esempio in *Reforma política y derecho penal*, in *C.P.C.*, n. 1, 1977, p. 73 e ss.; *Estado de Derecho y Derecho penal*, in *Comentarios a la ley penal*, tomo I, Madrid, 1982, p. 1 e ss.; *La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992, pp. 248-255, e *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 663 e ss.

Sociale⁷⁰. La terza via è la più seguita ed anche se presenta fondamenti simili nella dottrina tedesca⁷¹, la sua influenza in Spagna si deve fundamentalmente all'opera di BRICOLA⁷². Secondo questa ricostruzione la Costituzione pone limiti al diritto penale di tal fatta che persino l'ordine dei beni giuridici penalmente rilevanti viene perfettamente descritto e gerarchizzato nella norma fondamentale. Di tal che si è potuto parlare di "programma penale della Costituzione"⁷³.

Delle tre interpretazioni proposte la più calzante mi sembra la prima. Dunque, nello Stato di Diritto i diritti fondamentali vanno a costituire l'elemento centrale del sistema democratico e di conseguenza offrono una solida base per costruire e porre le fondamenta del diritto penale odierno⁷⁴. Nell'economia del presente lavoro dispongo del solo spazio per alcune considerazioni di base⁷⁵.

Come sosteneva RADBRUCH, la democrazia è l'unica forma di governo idonea a garantire lo Stato di Diritto⁷⁶. La democrazia non è altro che un modo di esercitare il potere statale, e più esattamente, quella forma di esercizio mediante il potere conferito dal popolo. Il valore della democrazia risiede nel modo di prendere le decisioni⁷⁷.

In termini simili si pronuncia ALF ROSS, secondo il quale l'idea fondamentale di democrazia coincide con la sovranità popolare. In un senso formale significa che le decisioni sono prese dal popolo (sovranità). Dunque, non indica il contenuto ma solo la forma delle decisioni in ambito politico. In realtà, la democrazia è un

⁷⁰ Emerge l'iniziativa di S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1972.

⁷¹ Si veda il lavoro di H.J. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriff*, in *Festschrift für R.M. Hömig*, Göttingen, 1970. Cfr. l'opera di S. MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 132 e ss.

⁷² Già nella sua celebre opera *Teoría general del reato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIX, Milano, 1973.

⁷³ In Spagna, con alcune sfumature, seguono di fondo questo orientamento, fra gli altri, questi autori: J.J. GONZÁLEZ RUS, *Teoría de la pena y Constitución*, in *Estudios penales y criminológicos VII*, Santiago, 1984, p. 222 e ss.; ID., *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1980; L. ARROYO ZAPATERO, *Fundamento y función del sistema penal de la Constitución*, in *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 1, 1987, p. 100 e ss. e J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Bien jurídico y Constitución*, in *C.P.C.*, n. 43, 1991, p. 5 e ss.

⁷⁴ Cfr. J.C. CARBONELL MATEU, *Derecho penal. Concepto y principios constitucionales*, 3ª ed., Valencia, 1999.

⁷⁵ Questo sistema è stato oggetto di sviluppo in J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal y teoría de la democracia*, in *Historia y derecho. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Arcadi García Sanz*, Valencia, 1994, p. 449 e ss. Pubblicato altresì su *Cuadernos Jurídicos*, n. 30, 1995, p. 10 e ss. In un senso molto simile, dando risalto all'idea di democrazia, M. DONINI, *La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico*, cit., p. 67 e ss. e, precisamente, p. 85.

⁷⁶ G. RADBRUCH, *Derecho por encima de las leyes y leyes que no son derecho*, in *Derecho injusto vs derecho nulo*, trad. di J.M. Rodríguez Paniagua, Madrid, s/f, p. 2 l.

⁷⁷ N. MACCORMICK, *Legal right and social democracy*, Oxford, 1982, p. 27 e ss.

metodo per decidere e non indicare un *chi*, quanto piuttosto un *come* si esercita il potere. Il nucleo concettuale risiede nella democrazia politica e giuridica, essendo questa «*quella forma di governo nella quale le funzioni politiche sono esercitate dal popolo con la massima intensità (dimensione del gruppo che può partecipare), effettività (controllo dei rappresentanti) e latitudine (estensione della partecipazione e controllo popolare di tutti meccanismi di Governo) nei metodi parlamentari*»⁷⁸. Così che – continua segnalando ROSS – la democrazia non è un concetto classificatorio, giacché può definirsi solo con riferimento ad un ideale. E gli ideali democratici mostrano il loro significato quali valori posti in relazione con questa forma di governo. Allora non può porsi in discussione la teoria in sé, quanto piuttosto la comprensione dei fatti sui quali questa poggia. Ci collochiamo così sul terreno degli effetti e delle conseguenze della democrazia. Quindi la scienza non può effettuare la scelta ultima, ma può facilitarla. Chi rinuncia a determinare scientificamente i valori di un sistema, rinuncia a discernere fra il bene ed il male e per questo è colpevolmente passivo. Gli ideali democratici si materializzano nella libertà individuale di agire senza coercizioni esterne, nella libertà politica (si tratta della forma di governo che riconosce una maggior autonomia ai suoi cittadini), libertà di espressione, libertà di associazione, libertà di pensiero, libertà personale (in quanto offre una maggior sicurezza pubblica, giacché limita al massimo le ingerenze arbitrarie dello Stato) ed eguaglianza.

Questo concetto di democrazia, si collega perfettamente con la tesi proposta da VIVES ANTÓN, di una costruzione del diritto penale che muove dai diritti fondamentali, poiché questi «*non costituiscono solo una garanzia innanzi ai poteri pubblici, né la concretizzazione di una serie di valori sostanziali che la Costituzione incorpora, quanto piuttosto, questa volta in modo primario, rappresentano le regole di base del procedimento alle quali deve uniformarsi il sistema di assunzione delle decisioni proprio del sistema democratico*»⁷⁹. E questa sarebbe esattamente una forma di governo dove «*i procedimenti decisionali possono ritenersi corretti se i cittadini vi hanno partecipato direttamente o indirettamente e se questa partecipazione è stata il frutto di una scelta libera e razionale*»⁸⁰.

Questi argomenti offrono una solida base per preferire l'idea di democrazia e di Stato di Diritto (diritti fondamentali) come motore che offre una legittimazione ed una metodologia precisa nel contesto della giustificazione ed elaborazione del diritto penale. Ciò comporta conseguenze fondamentali nel sistema penale proposto.

In primo luogo l'idea di libertà si pone quale valore supremo dell'ordinamento giuridico. In questo senso abbiamo visto come l'essenza della democrazia sia costi-

⁷⁸ A. ROSS, *Por qué democracia?*, trad. di R.J. Vemengo, Madrid, 1989, pp. 24-25, 83-84 e 96-97.

⁷⁹ T.S. VIVES ANTÓN, *La reforma del proceso penal*, op. cit., p. 248.

⁸⁰ Op. e loc. cit.

tuita dal rispetto verso la personalità morale dell'uomo, quel che KANT espresse nel suo imperativo categorico segnalando che la finalità dell'azione è quella di trattare sempre l'essere umano come un fine e mai come un mezzo. Manifestazione speciale di questo assunto è il riconoscimento della sua autonomia, della libertà di autodeterminazione conforme ai dettami della propria personalità⁸¹. In modo tale che anche la libertà si eriga a fondamento della teoria del diritto⁸². E il diritto penale, come *extrema ratio*, si configura come un ordinamento destinato ad assicurare la libertà e la convivenza⁸³.

In secondo luogo, questa idea ci conduce ad un concetto di diritto come ordine esterno di convivenza, il che comporta una separazione chiara fra diritto e morale⁸⁴. Non si deve confondere il fatto che il diritto faccia appello, per la sua legittimazione, ad una relazione procedimentale di tipo etico, cioè, ad una teoria della giustizia che abbia di mira la realizzazione di ordini morali ottenuti con mezzi coattivi.

Terzo, l'idea generica di libertà, come capacità di autodeterminazione, non si ferma qui ma si estende ad altre manifestazioni. Prende forma così, detto molto schematicamente, il catalogo dei diritti fondamentali, che costituiscono la nervatura del sistema democratico e quindi della Costituzione. In questo senso potrebbe parlarsi di una nozione costituzionale di reato. Questo concetto sarebbe caratterizzato da due profili: il reato quale violazione del diritto e il reato come lesione o messa in pericolo dei beni giuridicamente protetti. Il reato come violazione del diritto esprime un tratto essenziale dello stesso: tutte le condotte delittuose appaiono come violazioni di una norma concreta e come ha sottolineato VIVES ANTÓN «ogni norma concreta deve essere concepita attraverso il riferimento ad una valutazione fondamentale, espressa nel concetto di diritto»⁸⁵. Cosicché la violazione del diritto, della norma, è in prima istanza una condotta caratterizzata da un disvalore poiché nega il valore insito nel diritto positivo⁸⁶. E nella seconda accezione, il reato come lesione o messa in pericolo di beni giuridico significa che l'idea di libertà «si concretizza o

⁸¹ Così espressamente A. ROSS, *Por qué democracia?*, cit., pp. 139-140. Nello stesso senso, E. DÍAZ, *La justificación de la democracia*, in *Sistema*, n. 66, 1985, p. 28 e ss.

⁸² Nello stesso senso J. RAWLS, *Las libertades fundamentales y su prioridad*, in *Libertad, igualdad y derecho*, trad. di G. Valverde Gefaell, Barcelona, 1988.

⁸³ T.S. VIVES ANTÓN, *La Ley, lenguaje y libertad. Sobre determinismo, libertades constitucionales y derecho penal*, in *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 11, 2012, p. 169 e ss.

⁸⁴ Così, J.L.A. HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. di L. del Hierro, F. Laporta e J.R. Páramo, in *Sistema*, n. 36, 1980, pp. 3-17.

⁸⁵ T.S. VIVES ANTÓN, *Reforma política y derecho penal*, cit., p. 88.

⁸⁶ Indispensabile distinguere all'interno della pretesa generale di *giustizia* delle norme, fra la loro legittimazione (spiegare se la norma è fondata razionalmente) e la circostanza che siano correttamente applicate al caso concreto. Cfr. C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *El contenido de la antijuricidad*, Valencia, 2013, p. 17.

si materializza in una serie di beni e di interessi che rappresentano le condizioni esterne del suo esercizio»⁸⁷.

Anche dall'idea di libertà nasce la costruzione di un diritto penale improntato al principio di colpevolezza⁸⁸ e sebbene di questo non possiamo occuparci con maggior ampiezza nell'economia di questo lavoro, si può tuttavia qui mettere per iscritto che l'idea stessa di Stato democratico porta con sé l'esigenza di libertà e con questa la proclamazione degli assunti propri del principio di colpevolezza⁸⁹.

In ultimo, tutti i principi penalistici, come limite allo *ius puniendi*, derivano anch'essi dall'idea di Stato democratico e di diritto. In questo senso, ROSS ha qualificato la democrazia come «un ingegnoso sistema di conferimento di poteri associato a strumenti di controllo»⁹⁰. Così, la divisione dei poteri, i meccanismi di controllo, ed inoltre la vigenza dei diritti fondamentali, insiti nella dignità della persona (l'uomo come "fine")⁹¹ presuppongono la sussistenza di limiti insormontabili per il Diritto penale di uno Stato democratico di Diritto⁹².

4.2. Dogmatica, scienza e ragion pratica

Fra le alternative sorte recentemente dinanzi a questo orientamento maggioritario della dogmatica funzionalista, prenderò come riferimento la proposta formulata da VIVES ANTÓN, fra le altre ragioni, perché cerca di rimettere in contatto lo studio del diritto penale con il pensiero filosofico dominate.

⁸⁷ T.S. VIVES ANTÓN, *Reforma política y derecho penal*, cit., p. 90.

⁸⁸ Il principio di colpevolezza, come afferma FLETCHER, oltre agli aspetti concreti, rappresenta una questione universale; cfr. *Gramática del derecho penal*, trad. di F. Muñoz Conde, Buenos Aires, 2008, p. 57.

⁸⁹ Le norme giuridiche non possono essere concepite esclusivamente come una forma di mandato, di imperativo o di ordine, ma per la loro validità necessitano altresì di essere supportate da una giustificazione razionale che maturi in processo argomentativo. In altre parole, le norme penali fanno appello a giudizi di valore o a processi razionali che le giustificano, e in secondo luogo, fissano obblighi di osservanza in capo a tutti i cittadini destinatari i quali, nell'esercizio delle loro libertà, possono darvi attuazione o contravvenirne.

⁹⁰ A. ROSS, *Por qué democracia?*, cit., p. 209.

⁹¹ M. JIMÉNEZ REDONDO, *El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona*, in *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 14, 2013, p. 15 e ss.

⁹² Una sfida crescente nel cammino di legittimazione costituzionale del diritto penale nasce dal nuovo sistema di fonti ed istituzioni sovranazionali ed in particolare, nel nostro caso, quelle europee. In argomento F. PALAZZO, *Transformaciones en el entendimiento del principio de legalidad*, trad. di I. Melero y S. Barón), in *Revista penal*, n. 25, 2010, p. 104 e ss.; A. BERNARDI, *Aproximación a la construcción constitucional del derecho penal en relación a las fuentes e instituciones europeas*, trad. di M. Macías, M. Mazzon e R. M. Carlés), in *Revista penal*, n. 27, 2011, p. 15 e ss.; G. QUINTERO OLIVARES, *La unificación de la justicia penal europea*, in *Revista penal*, n. 13, 1999, p. 51 e ss.

Quello che VIVES ANTÓN qualifica come «*insufficienza della dogmatica penale*» non presuppone la formulazione di una nuova dogmatica, quanto piuttosto, giustamente, l'abbandono della strada dei dogmi e delle verità scientifiche. Cosicché, allora, il tratto caratterizzante la sua proposta risiede nella sostituzione di questa dogmatica intesa come verità, con una metodologia che, partendo dai diritti fondamentali, cerchi consensi stabili e solidi, ovvero, pratiche interpretative consolidate⁹³.

Seguendo questo ragionamento, si potrebbe dire che il novero di domande formulate dalla dogmatica penalistica – azione, dolo, colpa, causalità, bene giuridico, imputabilità ecc. – si iscrivono in una tendenza legata ad una certa commistione filosofica che WRITTGENSTEIN chiamò “ansia di generalità”. L'autore la caratterizzò così: un concetto generale è una proprietà comune dei relativi casi particolari, giacché le proprietà sono elementi consustanziali alle *res*. E infatti questa ansia di generalità rinviene la sua causa nell'imbroglio del quale sono portatrici di tutte le teorie concepite come sapere scientifico. Imbroglio che da una parte comporta la riduzione della spiegazione dei fenomeni naturali attraverso il minor numero possibile di leggi primigenie e dall'altra ci trascina in una ricerca disperata di un oggetto sul quale far poggiare il nostro pensiero (modello dell'oggetto e della designazione)⁹⁴.

Alla luce di questo inquadramento, dalla prospettiva del diritto penale, l'azione, la norma, il reato, e nessuna delle sue categorie o istanze (dolo, causalità, bene giuridico, colpa) possono essere concepite come oggetti del mondo, come pertinenti al mondo dell'essere. Pertanto, il loro studio, la *dogmatica*, non costituisce una scienza. La funzione del diritto penale è quella di giudicare se un determinato comportamento umano sia conforme o meno ad un determinato complesso di norme e, conseguentemente, meritevole di un castigo. Partendo da questo assunto, il diritto non può essere configurato come un sapere teorico (scientifico) ma come un sapere pratico (ermeneutico). Così che lo studio del diritto, come quello di tutte le conoscenze sociali non è e non può essere una scienza in senso stretto. E non lo è, fra le altre ragioni, perché non può applicare un metodo sperimentale per giudicare o decidere se una condotta contravviene ad una norma e se il suo responsabile necessita di essere sanzionato⁹⁵.

Coerentemente con questi assunti, non è neppure sostenibile l'esistenza di un concetto universale ed ontologico di azione. Non esiste un modello matematico né una formula logica, né una teoria scientifica sperimentata e comprovata che ci consenta di offrire un concetto di azione umana valido per la pluralità di tipologie di

⁹³ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit.

⁹⁴ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 463 e ss.

⁹⁵ Così, E. ORTS BERENQUER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal. Parte general*, cit., p. 196 e ss. Diffusamente in T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., p. 503 e ss.

azione che l'essere umano può compiere e che sono regolate in una norma. Ed inoltre, le azioni non esistono prima delle norme (regole) che le definiscono. In sintesi l'azione, ogni azione, possiede un *significato* determinato, conforme a determinate prassi sociali (regole o norme) che identificano un comportamento umano dinnanzi agli altri. Così può dirsi che l'azione è il senso o il significato di un sostrato⁹⁶.

In sintesi, la funzione del diritto penale non è quella di fare scienza formulando *pretese di verità*, ma piuttosto quella di dedicarsi alla risoluzione di problemi pratici, giudicando le azioni umane attraverso le norme giuridiche vigenti, in ossequio ad una serie di principi costituzionali. La sua missione è diversa da quella di pretendere di elaborare leggi universali scientifiche e di sottoporle all'esperienza e alla sua validazione o smentita. Il valore centrale della teoria giuridica del reato si ridimensiona dinanzi all'idea di giustizia che deve essere messa in atto attraverso quelle esigenze costituzionali di sicurezza giuridica, efficacia, utilità e libertà.

I lavori di VIVES ANTÓN mostrano l'insufficienza della dogmatica nell'affrontare i compiti che spettano alla dottrina in ordine alla miglior comprensione ed applicazione del diritto positivo. Ed al suo posto non propone una nuova dogmatica, come qualcosa di migliore e veritiero, bensì suggerisce di abbandonare proprio la dogmatica; il che è come dire abbandonare il cammino metodologico caratterizzato da dogmi o verità scientifiche e sostituirlo con un altro cammino che, muovendo dai diritti fondamentali, ricerchi consensi solidi e ben fondati⁹⁷.

In questo senso, l'interpretazione giuridica – la sussunzione di un fatto sotto una norma – comporta essenzialmente stabilire, in modo affidabile, se questo comportamento umano *segue una regola*; e interpretare, stabilire se segue una regola, è una pratica e non un presupposto logico. Allora la pratica interpretativa non si deduce dai concetti precostituiti, bensì dalle nostre abitudini, dai nostri costumi, dalla nostra cultura ed in definitiva, dalla nostra *forma di vita*. Ragion per cui, in questa proposta, tanto la giurisprudenza come la dottrina hanno il compito di offrire usi

⁹⁶ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit. L'Autore mette in discussione la concezione cartesiana dell'azione intesa come un fenomeno composto da un fatto fisico (movimento del corpo) e da un fatto mentale (la volontà). Di preciso, in relazione al contributo offerto dalla mente era possibile distinguere ontologicamente i fatti umani dai fatti naturali e dai fatti animali. Però la svolta verso la filosofia dell'azione importa l'abbandono delle concezioni ontologiche ed un cambiamento nel modo di concepire l'azione. Si rinuncia ad un concetto ontologico di azione come qualcosa che accade, come un fenomeno fisico e per valutarne la sussistenza non si presta più attenzione ad un parametro psicofisico legato all'esperienza (*i nostri sensi sono solo ipotesi del mondo*). L'azione deve concepirsi in modo diverso, non come ciò che le persone fanno, ma come il *significato di ciò che fanno*, cioè come il senso di un sostrato. Tutte le azioni non sono meri avvenimenti, ma hanno un senso (significato), e pertanto non basta descriverle, occorre averne contezza (interpretarle). Dinnanzi ai fatti che possono spiegarsi alla luce delle leggi fisiche, chimiche, biologiche o matematiche, le azioni umane debbono essere interpretate in modo conforme a regole o norme.

⁹⁷ E. ORTS BERENGUER, J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de derecho penal. Parte general*, cit., p. 197.

interpretativi consolidati, affidabili e sorretti da consenso. Di conseguenza, non può accettarsi la pretesa di imporre criteri ermeneutici sotto la copertura di una decisione scientifica inconfutabile e vera. Qualunque metodologia che pretenda di arrogarsi in esclusiva la verità, contrasta con i procedimenti democratici basati sulla discussione libera e sulla ricerca di ampi consensi. Proibire e punire sono concetti che appartengono alla cultura quotidiana, si esprimono in un linguaggio comune e sono, in ultima istanza, di competenza del popolo.

Dunque, concludo con le parole di VIVES ANTÓN: lo studio del diritto penale *«non può essere scienza; cioè, siccome non si occupa di come dobbiamo concepire il mondo, ma di come dobbiamo comportarci (...). Se vi è un punto fermo, è certamente il fatto che l'autoreferenzialità scientifica che tanto spesso accompagna l'opera della dogmatica, non è altro che un velo che occulta agli occhi del penalista l'obiettivo della sua riflessione (...). L'avvenire della dogmatica non risiede in alcuna classe del perfezionismo scientifico, bensì in quella forma di perfezionamento utile a realizzare più e meglio la funzione di Magna Carta che Von Listz aveva attribuito al diritto penale»*⁹⁸.

⁹⁸ T.S. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, cit., pp. 495-496.