

Criminalia

Annuario di scienze penalistiche

2010

ESTRATTO



Edizioni ETS

TULLIO PADOVANI

LEZIONE INTRODUTTIVA SUL METODO
NELLA SCIENZA DEL DIRITTO PENALE^(*)

1. Una lezione sul metodo nella scienza penale si prospetta difficile nei contenuti e difficile anche nell'esposizione, perché, per quanto ci si sforzi, certamente sarà impossibile fornire un quadro che vada al di là di un'inevitabile sommarietà. Si tratta, inoltre, di una lezione introduttiva "affetta" da una coincidenza molto imbarazzante, rappresentata da una prolusione sassarese, giustamente celeberrima, che ebbe a suo tempo lo stesso oggetto e fu tenuta da colui che rappresenta il nostro comune avo accademico, vale a dire Arturo Rocco. Quella celeberrima prolusione sassarese si tenne il 15 gennaio 1910, novantaquattro anni fa come oggi. Naturalmente non potete pensare che io voglia con ciò far echeggiare i rintocchi fatali delle campane del destino. Semmai potrebbe venire in mente un riferimento di carattere filosofico-letterario, cioè "Il 18 Brumaio di Luigi Buonaparte" ove Marx inserì la feconda massima secondo cui gli eventi della storia si presentano sempre due volte: la prima volta come tragedia e la seconda come farsa. Ora non vorrei che si profilasse una pesante ipoteca sul ruolo assegnatomi dal destino. È certo, comunque che di fronte ad un testo come quello di Arturo Rocco, che ancora oggi, come vedremo, conserva una vivace attualità, non si può non provare un grave imbarazzo nel ripercorrere un cammino già così compiutamente e profondamente tracciato.

2. La questione del metodo assume forse solo nell'ambito penalistico una dimensione tanto problematica quanto conflittuale. In altre discipline giuridiche essa è destinata ad assumere toni e caratteri assai meno laceranti. In diritto civile, non credo che tra Bartolo da Sassoferrato, per dire un remoto civilista, e Filippo Vassalli, per dirne un altro grandissimo nel secolo scorso, corra

* Si tratta della lezione introduttiva (con poche varianti formali) al corso di diritto penale nella Scuola Superiore "Sant'Anna" di Pisa, tenuta nell'ormai lontano 15 gennaio 2004. In quell'anno i docenti delle varie discipline furono sollecitati ad aprire i loro corsi con una introduzione di carattere metodologico. L'idea ha partorito questo testo, rimasto a lungo inedito (forse giustamente). Le circostanze lo hanno dissepellito.

una tale enorme differenza sul metodo, da evocare scenari alternativi e contrapposti. In fondo, entrambi restano nell'orbita dello studio di un diritto volto a regolare i rapporti tra privati; l'oggetto cui si rivolgono potrà essere mutevole, le tecniche potranno, sul piano ermeneutico, essersi affinate e precisate ma, in fin dei conti, il modo in cui essi affrontano il problema non è così distante da rendere il loro rapporto antagonistico. Viceversa tra Francesco Carrara ed Enrico Ferri, che pure sono quasi contemporanei, la distinzione è nettissima e radicale. I linguaggi che i due parlano differiscono già a partire dall'identificazione dell'oggetto della scienza: il reato come entità giuridica che discende da un'analisi razionale in Francesco Carrara e, invece, l'uomo delinquente e le cause della criminalità nel pensiero di Ferri.

Ma prima di inoltrarci in una ricostruzione storica delle vicende del metodo nella scienza giuridico-penale, vorrei stipulativamente soffermarmi sul concetto stesso di "metodo".

A questo proposito si può – credo – convenire che di "metodo" esistono due nozioni: una di carattere generico che lo identifica come "qualsiasi procedimento concettuale di ricerca e di dimostrazione" ed un concetto più specifico che lo identifica come "tecnica di conoscenza di un oggetto". Quest'espressione mi pare abbia alle spalle una lunga tradizione che risale ad un filosofo ingiustamente dimenticato (o non sufficientemente ricordato), che invece proprio noi penalisti dovremmo ricordare amorevolmente: Jacopo Zabarella, che tra il 1533 e il 1589 fu studioso molto originale della logica aristotelica e tenne la prima cattedra di logica all'Università di Padova. Si tratta di uno studioso strettamente imparentato con la riflessione penalistica, perché sua è la formula euristica della *conditio sine qua non* della quale dimostrò l'efficienza dimostrativa: si trattava di partire dagli effetti sensibili prospettando un regresso ricostruttivo che portasse all'individuazione delle condizioni necessarie. Nella sua ricerca epistemologica egli definì il metodo con molta chiarezza: "*metodus nihil alii esse videtur quam habitus intellectualis, instrumentalis nobis inserviens ad rerum cognitionem adipiscenda*" (lo strumento concettuale che serve per acquisire la conoscenza delle cose, vale a dire la tecnica di conoscenza di un oggetto). Il metodo varia in funzione dell'oggetto che si studia: non posso indagare la caduta dei gravi con lo stesso metodo con cui esploro la nozione di truffa. L'oggetto condiziona il metodo, ma è vero anche l'inverso, perché il metodo interagisce con l'oggetto condizionandone la definizione e concorrendo a determinare i risultati della ricerca. Perciò utilizzando il metodo ermeneutico giuridico scoprirò moltissime cose sulla truffa, ma certo non scoprirò mai le cause di un comportamento fraudolento.

Dobbiamo chiederci qual è l'oggetto della scienza penale. Se il metodo non è sempre lo stesso (come in effetti non lo è) anche gli oggetti risulteranno, corrispondentemente, diversi. Ma noi, che siamo in qualche modo educati ad una cultura giuspositiva (anche se, credo, ampiamente rivista in termini critici) potremmo certamente soggiungere che l'oggetto della scienza penale è il sistema delle norme giuridico-penali positive. In realtà, storicamente ci troviamo in presenza di una varietà di definizioni dell'oggetto della scienza penale, a ciascuna delle quali corrisponde l'introduzione di metodi diversi i quali, a loro volta, finiscono con l'incidere ulteriormente sull'oggetto della ricerca.

Percorrendo lo sviluppo della scienza penale dall'angolo visuale del metodo, abbiamo l'impressione di trovarci di fronte ad un continuo mutamento di fronte: assistiamo a continui mutamenti di oggetto. Se prendiamo le mosse, com'è inevitabile, dalla riforma settecentesca, che è l'epoca della costituzione del diritto penale moderno, non abbiamo bisogno di molto tempo o concentrazione per scoprire che l'oggetto è, in quel momento, sempre e solo il diritto di punire: perché si punisce, entro quali limiti si può punire, che cosa si può punire, e con quali finalità e mezzi si può punire. In effetti, aprite Beccaria e scoprirete che già nel paragrafo primo egli si occupa dell'origine delle pene in una dimensione contrattualistica. Le pene sono motivi sensibili che devono bastare a distogliere il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos. Il paragrafo secondo si occupa del diritto di punire alla luce di questa concezione teleologica della pena e introduce il criterio dell'assoluta necessità del ricorso alla sanzione punitiva sviluppando poi tutti i temi ulteriori (la proporzionalità e così via). L'oggetto dell'analisi è quindi costituito da una potestà pubblica "problematica": oggi potremmo tradurre quest'oggetto in quello dei contenuti e della struttura del sistema penale in una prospettiva, per così dire, costituzionale. Naturalmente i criteri di riferimento attraverso cui l'analisi si sviluppa possono cambiare. Così, ad esempio, Beccaria è un contrattualista, Bentham non lo è affatto, perché muove da un principio utilitaristico inteso come regola della felicità sensibile del maggior numero possibile e a partire da questo criterio teologico fondamentale dipana poi la ricostruzione dell'intero sistema penale. Ma al di là delle variazioni sottese ai punti di riferimento filosofici, è chiaro che il metodo dell'indagine è quello filosofico-razionalistico di impronta deduttiva, che muove da una critica politico-criminale e giunge ad una ricostruzione razionale, intendendo per "razionale" una proposizione verificabile nei fondamenti logici e negli effetti pratici sulla base degli assunti dati. È l'epoca del grande diritto penale filosofico e politico che si preoccupa di gettare le fondamenta di un sistema penale razionale e

getta queste fondamenta in funzione di postulati filosofici assunti e sviluppati con criteri deduttivi e con spirito analitico.

Questa fase raggiunge il suo culmine con il *Programma* di Francesco Carrara in cui è lucidamente delineato il problema del metodo. Egli scrive nell'Introduzione al *Programma*: "il programma del diritto criminale doveva, nel mio concetto, riassumere nella più semplice formula la verità regolatrice di tutta la scienza e contenere in sé il germe della soluzione di tutti i problemi che il criminalista è chiamato a studiare e tutti i precetti che governano la vita pratica della scienza stessa nei tre grandi fatti costituenti l'obiettivo di lei, in quanto essa ha per sua missione di frenare le aberrazioni dell'autorità sociale nel divieto, nella repressione e nel giudizio, onde questa si mantenga nella via di giustizia e non degeneri in tirannia. La scienza criminale ha per sua missione di moderare gli abusi dell'autorità nell'esercizio di quei tre grandi fatti". Egli prosegue poi: "i precetti destinati a moderare in questa guisa il potere legislativo debbono risalire ad un principio comune fondamentale e la formula che esprime tale principio è il programma della scienza criminale". Il diritto penale funziona come limite nel cui ambito si definisce una concezione deontologica del reato nella prospettiva di un giusnaturalismo di matrice razionalistica. In definitiva, il diritto penale delineato da Francesco Carrara ruota intorno al fondamento ed ai limiti materiali della potestà punitiva ed assume il carattere di un diritto penale costituzionale, ove la costituzione è, per così dire, il diritto naturale e la ragione è il suo demiurgo. Quello che per noi rappresenta l'oggetto tradizionale dello studio: il diritto penale positivo, rappresenta, invece, soltanto un'appendice successiva. "La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza perché in coteste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari codici qual più si adatta all'archetipo del vero assoluto, non già con viaggio preposteramente desumere la verità dei principi dal diritto costituito". Quest'ultimo appare così come un accidente che in tanto assume valore in quanto corrisponda alle deduzioni razionali ispirate alla verità astratta dalle contingenze normative. Se l'illecito si dovesse desumere dal diritto positivo, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia. In questa prospettiva "fondatrice" del diritto penale abbiamo *un oggetto*: il diritto di punire; *un metodo*: quello filosofico-razionalistico ed *un punto di arrivo* che definisce un sistema chiamato a modellare il diritto positivo. L'intero sviluppo del discorso si ferma, per così dire, alle soglie del sistema positivo, che seguirà come l'intendenza di Napoleone segue l'armata.

3. Lo scenario si capovolge radicalmente con la Scuola Positiva. Muovendo da una critica che in sostanza ben coglie il significato della precedente riflessione «classica», i positivisti rimproverano agli esponenti di questo diritto penale filosofico e naturale di praticare un metodo astratto, che li aliena dalla realtà: dove la realtà non è tanto costituita dalle norme positive, quanto piuttosto dalla violazione di tali norme, e cioè dagli effetti sensibili che scaturiscono dall'inosservanza. Paghi di un orizzonte puramente concettuale e di un sistema astrattamente perfetto, i «classici» non si sporcano le mani con l'indagine su ciò che è veramente alla base del comportamento deviante. Bisogna invece studiare il delitto nel delinquente, perché tutte le elucubrazioni della Scuola Classica risultano prive di senso rispetto alla cura di quella vera e propria "malattia sociale" rappresentata dal delitto. Esse si occupano dei concetti, ma non della recidiva, dell'inefficienza della pena, della condizione penitenziaria, del significato pratico che la punizione assume. A che serve studiare il diritto di punire, se l'occhio non si rivolge poi precipuamente all'attività di coloro che questo diritto aggrediscono in concreto? Bisogna quindi aprirsi ad un altro oggetto ed introdurre un metodo diverso. Bisogna analizzare le cause naturali della criminalità, e su questa base elaborare le terapie efficaci contro la patologia sociale del crimine. Siamo in piena temperie positivistica, perché ciò che lo scienziato deve studiare sono fatti concreti misurabili, alle cui cause deve risalire per proporre, quando necessario, correttivi, rimedi, terapie. Non più spazio al criterio di deduzione, ma a quello di induzione, dal momento che lo scienziato osserva i fenomeni e dall'osservazione, con procedimento induttivo, elabora categorie generali di riferimento. Entra in gioco una considerazione concreta dei fenomeni delittuosi che è suscettibile di essere indagata con gli strumenti delle varie discipline che interferiscono con le caratteristiche di quel fenomeno: è il prodotto dell'attività di un uomo, ecco allora l'antropologia criminale, dedita a individuare le caratteristiche dell'uomo che delinque; è il prodotto di un certo assetto della società nel suo complesso, ecco allora la sociologia criminale, chiamata a stabilire secondo quali criteri e per quali cause il delitto si manifesti e si distribuisca, e così via. Ma, avverte Enrico Ferri, lucido teorizzatore di questa prospettiva, bisogna escludere l'idea che la Scuola Positiva altro non sia che un parziale connubio tra diritto penale ed antropologia e sociologia criminale. Non si tratta di abbinare ad un metodo un metodo diverso rispetto ad una "dilatazione" dell'oggetto. La nuova Scuola ha una portata scientifica e pratica assai più grande: essa è l'applicazione del metodo sperimentale allo studio dei delitti ed alle pene e, mentre immette nel recinto giuridico astratto il vento delle nuove osservazioni, prospetta la neces-

sità di modificare radicalmente l'oggetto della scienza criminale. Il diritto penale positivo appare anche agli occhi dei positivisti un ammenicolo, come lo era nella prospettiva filosofico-razionalistica, ma il vincolo cui esso deve soggiacere non dipende più da una deduzione condotta sulla base di principi filosofici, ma da un'osservazione scientifica che ha identificato cause, frequenze, tipologie, prospettato rimedi, e si impone quindi al legislatore con l'autorità della scienza certa e incontrovertibile: sulla base di questi risultati si tratterà di elaborare strumenti normativi congrui e consentanei.

Il diritto penale positivo resta così pur sempre una sorta di ancella devota e silenziosa, ora dei postulati del sistema penale filosofico-razionale dedotto dai principi, ora dell'elaborazione scientifica secondo il metodo sperimentale. D'altra parte, l'aporia di fondo che la Scuola Positiva mette tra parentesi e pretende di ignorare è che, nel mentre essa prospetta la definizione di un oggetto (lo studio del delitto nel delinquente) come se si trattasse di un oggetto naturale, trascura di considerare che si tratta pur sempre del risultato di una qualificazione giuridica dell'oggetto. Delitto e delinquente esistono in quanto esiste un sistema normativo che li definisce per tali. Perciò, o la Scuola Positiva si affida ad una sorta di giusnaturalismo occulto (i delitti naturali), o si rimette (ed è la versione più spontanea) al principio di autorità uniformato ad un positivismo giuridico acritico basato sulla coincidenza "necessaria" tra il disvalore sostanziale e quello formale: quel che il legislatore afferma è, per ciò stesso, un dato che non si discute. In sostanza il delitto diviene un presupposto messo tra parentesi ed ignorato nella sua dimensione normativa, e quindi valutativa, per essere trasferito, in modo del tutto acritico, nell'ambito dei fenomeni naturali da osservare.

Si potrebbe ben dire (sembra un paradosso ma nei paradossi c'è sempre un fondo di verità) che in nessuna delle due prospettive la scienza del diritto penale centra il suo bersaglio. Nella prima prospettiva il reato è il prodotto di una deduzione filosofico-razionale, un paradigma assiologico che non trova riscontro nella norma positiva, la squalifica ponendola fuori della razionalità. Nella seconda prospettiva il reato è, invece, una sorta di presupposto rimesso ad un legislatore della cui autorità non si discute. Quindi tra il monte del diritto penale filosofico e la valle dei delinquenti, il cammino centrale sembrerebbe ignorato da entrambe.

4. Proprio la percezione di questo oblio costituisce il passo iniziale della prolusione sassarese di Arturo Rocco. Con la lucidità che sempre ne contraddistingue il pensiero, egli scrive che, in sostanza, la Scuola Classica è un drit-

to penale senza diritto positivo e la Scuola Positiva è un diritto penale senza diritto. Dove l'estremizzazione vuole per l'appunto identificare i vizi di cui si è poc'anzi parlato. Rocco scrive: "Infeudati il diritto e la scienza del diritto penale all'antropologia, anzi annullati in nome di una falsa antropologia o d'altro canto affogati nel gran mare della sociologia, la Scuola Positiva, nonostante alcune sue innegabili benemerite, ha avuto in definitiva il risultato di accumulare intorno a sé un mucchio di rovine giuridiche senza aver nulla fatto per trarre da esse il nuovo edificio, non dirò legislativo, ma almeno scientifico del diritto penale che aveva predicato di voler costruire e che tutti aspettavano avesse fornito. Così abbattendo senza riedificare, essa ha finito per limitarsi al compito che è relativamente più facile, il compito critico e negativo, ed è pervenuta in ultima analisi ad un diritto penale senza diritto". Il programma di Arturo Rocco è basato invece su un'idea estremamente lucida: "La scienza penale deve limitare l'oggetto delle sue ricerche dirette allo studio esclusivo del diritto penale e, conformemente ai suoi mezzi, dell'unico diritto penale che esiste come dato dell'esperienza e cioè, il diritto penale positivo".

Enunciato in questi termini drastici, il programma sembra dovere sfociare in una sorta di formalismo autoreferenziale: il sistema si chiude in se stesso, il metodo di indagine circoscrive l'oggetto ed attraverso l'analisi di quest'oggetto identifica ciò che in definitiva si riferisce solo a se stesso. Ma in realtà Arturo Rocco rifiuta recisamente la prospettiva di un formalismo autoreferenziale: "quando si afferma che il diritto penale è il diritto penale positivo, il solo che esista come dato della realtà, non si nega affatto che esistano necessità, esigenze o bisogni sociali che si impongono alla coscienza ed alla volontà del legislatore penale e sono destinate, appunto, ad essere in diritto positivo trasformate, quelle esigenze stesse che nel loro complesso modernamente si designano con il nome di giustizia e che costituiscono, in quanto siano già penetrate nell'ordinamento giuridico, il fondamento intrinseco del diritto positivo. Neppure si nega che vi siano oltre queste esigenze di convenienza e di opportunità politica e pratica vaganti fuori del tempio del diritto costituito e che fanno breccia al diritto positivo penale preparando anch'esse i germi del suo rinnovamento futuro. Si dice solo che le une formano oggetto di una conoscenza filosofica, la c.d. filosofia del diritto penale e le altre formano oggetto di una conoscenza politica, la c.d. politica criminale o più esattamente politica penale".

D'altro canto, nello studio del diritto positivo intervengono sia conoscenze empiriche di carattere strumentale sia l'identificazione, che a me pare assai importante nel quadro del pensiero di Arturo Rocco, delle fonti del metodo tecnico-giuridico. Se il metodo tecnico-giuridico si sviluppa, poi, come accen-

nerò, nei tre stadi della ricerca esegetica, della ricerca dogmatica e della ricerca critica, le fonti di questo metodo, gli assi portanti attraverso i quali il metodo si esprime sono desunti, da un lato, dalle scienze dell'uomo e della società, perché il giurista deve intendere a fondo di che cosa parli la norma e, per raggiungere questo obiettivo, deve conoscere le scienze dell'uomo e della società, altrimenti finirebbe con l'ignorare il linguaggio stesso della norma. D'altra parte, il giurista deve anche sapere perché la norma è formata in quel modo piuttosto che in un altro, e deve quindi procedere secondo l'induzione storica (così la chiama Rocco; noi diremmo la ricerca storica), e cioè attraverso la ricostruzione del percorso compiuto nel tempo dalla norma per giungere ad una certa configurazione. Infine, occorre l'induzione comparativa, perché il giurista non solo deve sapere di cosa parla la norma, non solo deve sapere perché la norma è così e non diversamente da così, ma deve anche sapere se dovunque è così, e quindi deve dilatare la sua analisi ai diritti positivi. Dopodiché Arturo Rocco espone il contenuto del metodo tecnico giuridico in termini molto tradizionali. Per prima, la fase della ricerca esegetica; ma guai a coloro che riducono la conoscenza scientifica del diritto al puro, gretto e materiale commento della lettera legislativa, perché essi non comprenderanno come la norma si inserisca in un insieme: il sistema giuridico non è una somma di frammenti ma una costruzione unitaria. Si impone quindi la ricerca dogmatica che elabora e descrive i principi fondamentali del diritto positivo nella loro sistematica coordinazione. Si prospetta in sostanza un metodo di tipo "pandettistico" che evoca la piramide di Puchta, il grande pandettista tedesco che elaborò le categorie dogmatiche attraverso meccanismi di astrazione successiva dai contenuti normativi dati. In questa ricerca dogmatica, Arturo Rocco avverte fortemente l'esigenza che il diritto penale divenga una parafrasi altrettanto nobile del diritto civile e soprattutto del diritto pubblico. È necessario studiare i rapporti pubblicistici che legano i soggetti che intervengono nella vicenda penale, e le situazioni giuridiche di riferimento sulle quali – rileva Rocco – nulla sappiamo, mentre ignorarle significa perdere la bussola che presieda all'analisi del sistema. Ci si preoccupa di indagare le cause della criminalità, la costituzione "empirica" del delinquente, le sue caratteristiche e deviazioni, ma dei *diritti* del delinquente non ci si cura, quando invece si tratta di diritti che persistono durante il processo e sopravvivono alla condanna, in quanto il delinquente resta sempre un soggetto giuridico: noi diremmo «una persona». Si apre infine la strada della ricerca critica del diritto costituendo, che assume due risvolti: una ricerca intrasistematica laddove si tratta di cogliere le antinomie, le disparità e le incongruenze del sistema per propor-

ne la modifica, e poi una ricerca critica politico-criminale oppure filosofica, ove si tratta di prospettare nuove soluzioni normative. Su quest'ultimo versante Arturo Rocco è assai guardingo: precisa che solo una volta esaurita compiutamente la ricerca dogmatica si dà spazio alla ricerca critica, perché non si critica ciò che non si è conosciuto compiutamente. Prima si dovrà stabilire che cosa significa responsabilità penale, delitto, delinquente, pena, e poi ci si porrà il problema di mutare il sistema.

Il pensiero di Arturo Rocco costituisce quindi un appello a ristabilire la centralità dell'oggetto costituito del diritto penale positivo, non per farne il feticcio di un culto passivo, ma per esplorarne radici, implicazioni, organizzazione in una prospettiva aperta e flessibile, purchè sia chiaro che dal diritto penale positivo si parte e al diritto penale positivo si giunge, senza fughe e senza elusioni. Un diritto obiettivo i cui assi portanti – è opportuno ribadire – sono costituiti dalla identificazione delle situazioni giuridiche che reggono il sistema e che, nel pensiero di Arturo Rocco, rappresentano (siamo nel 1910, non bisogna dimenticarlo) una sorta di "equivalente garantistico". I riferimenti ai diritti inalienabili e insopprimibili del condannato e del detenuto assumono del resto ancor oggi (purtroppo, vien fatto di dire) una cocente (e per noi, posteri sciagurati, vergognosa) attualità. In definitiva, si può dire che Arturo Rocco prospetta la nostra *gesamte Strafrechtswissenschaft*, la nostra scienza generale del diritto penale, che, nello stesso torno di tempo ed in una prospettiva meno diversa di quanto potrebbe apparire a prima vista, andava prospettando Franz von Listz, un giurista di alto lignaggio che aderiva alla Scuola Positiva. Due personalità assai diverse, eppure, al riscontro concreto, i manifesti ideologici di Rocco e von Listz sono tra loro meno distanti di quanto le diversità di matrice culturale potrebbe lasciare presupporre. Anche quello di Arturo Rocco è un programma di grande impegno, che non ha senso ridurre a manifesto di un metodo tecnico-giuridico inteso come formalismo deterioro, cioè come contrazione della scienza del diritto penale nell'orticello delle norme positive con l'obiettivo di farne una serra autoreferenziale costruita con artifici dogmatici e pervasa da un'atmosfera protettiva.

Nel manifesto di Arturo Rocco la ricerca dogmatica resta peraltro un asse centrale dominante, che non è possibile eludere o trascurare. Se si rivolge lo sguardo al diritto positivo, non si può prescindere da essa, se non a patto di rinunciare a conoscere il sistema nella sua complessità e nelle sue articolazioni. Da questo punto di vista, il messaggio di Arturo Rocco è attuale com'era attuale nel 1910. Ma certo Arturo Rocco è figlio dei suoi tempi: in lui si esprime non direi il culto del diritto positivo, ma certo l'idea della centralità del di-

ritto positivo: molto c'è da fare per conoscerlo a fondo, ma gli sguardi fuori dalla finestra, pur essenziali, non risolvono la conoscenza. La dogmatica critica segue, nel suo programma, in una prospettiva cauta e limitata; essa gli appare segnata pur sempre da prospettive extragiuridiche e quindi in qualche modo "sospetta".

5. Le grandi novità sul piano metodologico che hanno contrassegnato la seconda metà del secolo scorso sono intervenute non a ribaltare tale prospettiva metodologica, ma a trasformarla in qualche modo dall'interno, anche se in termini assai significativi. Se a queste novità metodologiche vogliamo dare un nome ed un cognome, anche se questi nomi e questi cognomi, ovviamente, non le esauriscono, possiamo dargliene uno italiano ed uno tedesco: Franco Bricola e Claus Roxin. Si tratta, a mio giudizio, di due grandi innovatori del metodo tecnico-normativo. Volendo semplificare, nel tentativo di cogliere l'essenziale delle cose, direi che il pensiero di Bricola rappresenta la traduzione giuridica del diritto penale filosofico, mentre il pensiero di Roxin rappresenta la traduzione giuridica degli aspetti politico-criminali. Quindi la grandezza di Bricola e di Roxin sta nell'aver saputo trasferire nella ricerca dogmatica prospettive che in precedenza erano alternative ad essa.

Bricola prospetta una costruzione deontologica del reato, del reato come deve essere inteso, ma non a partire da postulati filosofico razionali bensì a partire da una fonte superiore alla legge ordinaria: la Costituzione. I principi costituzionali, la fonte giuridica primaria di una comunità giuridica organizzata, dettano le linee portanti del sistema penale e del concetto di reato. La teoria generale del reato di Franco Bricola è quindi una teoria assiologica del reato, non elaborata in base ad un postulato filosofico o ad un'aspirazione che il legislatore è chiamato a tradurre in norme, ma in base ad un dato normativo sovraordinato rispetto alla legge ordinaria che la vincola sotto il profilo ermeneutico, la elimina sotto il profilo degli effetti quando è in contrasto e la plasma necessariamente nei suoi contenuti. In questa prospettiva la dogmatica è uno strumento critico, e non semplicemente ricostruttivo. Con una battuta: Bricola è figlio di Beccaria, ma il suo contratto sociale è la Costituzione. Per questo, il pensiero di Bricola ebbe, nei primi anni Settanta un impatto intenso e duraturo sulla scienza del diritto penale, non solo in Italia, rendendo manifesta la possibilità, la fecondità, la necessità di una critica che non avesse appoggi fragili all'esterno del sistema penale, ma si nutrisse all'interno stesso del sistema giuridico. Quanto a Roxin, in *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (Politica criminale e sistema del diritto penale) egli elabora un programma

innovativo affermando che le singole categorie del reato (tipicità, antigiuridicità e colpevolezza) vanno, fin dal principio, considerate, sviluppate e sistematizzate dall'angolo visuale della loro funzione politico-criminale, vale a dire sulla falsariga degli scopi di carattere preventivo razionalmente perseguibili in uno stato sociale di diritto attraverso la minaccia, l'applicazione e l'esecuzione della pena. Una volta chiarito che la funzione della pena non può consistere che in scopi di prevenzione – generale e speciale – variamente e congruamente atteggiati nelle diverse fasi che caratterizzano la sua dinamica (legislativa, giudiziale, esecutiva), l'intera dogmatica del resto deve essere ripensata e ricostruita a partire da tali scopi. La politica criminale vincolata da un principio di razionalità immanente nell'assetto costituzionale dello stato moderno si traduce in un criterio metodologico ricostruttivo del sistema.

6. Di fronte a risultati di questo tipo, si potrebbe mettere il punto. Ma forse c'è ancora qualcosa da aggiungere. Recuperata, come doveva essere recuperata, la deontologia settecentesca in chiave normativa; recuperate, come dovevano essere recuperate, le istanze preventive in chiave sistematico ricostruttiva, qualcosa manca ancora all'appello: i processi di criminalizzazione in senso lato, non solo in termini di selezione dei reati, ma di attribuzione di rilevanza. Finora i processi di criminalizzazione sono rimasti fuori dalla dogmatica, perché sembrano strutturalmente incompatibili con un'analisi dogmatica pur condotta con ampiezza di orizzonti. E però debbono anch'essi essere recuperati alla dogmatica penale, perché essi avvengono attraverso uno strumento giuridico: il processo penale. Il processo penale rappresenta le gambe attraverso le quali cammina un diritto penale altrimenti destinato all'immobilità ed all'insignificanza. Allargare lo sguardo in questa direzione significa ancora una volta, par-

tendo da un'esigenza di metodo (l'analisi della processualizzazione del diritto penale), prospettare una dilatazione dell'oggetto che non è più soltanto il sistema giuridico positivo del diritto penale dato, ma è il sistema penale nella sua totalità, nelle sue due parti inscindibili. La sensibilità sul punto si è resa ormai acuta. Si tratta di comprendere il diritto penale attraverso il processo e di rispondere fondamentalmente a tre domande che sono domande cruciali per la dogmatica, se essa intende esaurire effettivamente l'analisi del dato positivo, che non può essere circoscritto all'analisi di una norma immota, ma implica la sua valutazione in movimento. La dogmatica è stata fino a qui concepita come una fotografia; si tratta, ora, di passare al cinematografo e cioè di vedere la realtà articolata nella sua dinamica. L'utilità di una visione statica è fuori discussione; ma sarebbe un errore considerarla esaustiva: come ha giu-

stamente rilevato Naucke, la teoria del reato elaborata dalla dogmatica penale è un ottimo strumento per il giudice d'appello, che può ragionare, per così dire, a bocce ferme, sulla base di un materiale definito e tendenzialmente concluso. Le fotografie della dogmatica sono allora quanto mai adatte a verificare corrispondenze, procedere a sussunzioni, determinare applicazioni. Quella stessa teoria serve assai meno lungo il cammino che precede, durante le indagini preliminari ed il processo di primo grado. Le domande che urgono in questi stati «nascenti» sono innanzitutto: come si seleziona il «penalmente rilevante»? La tipicità, pietra angolare del fatto, nasce dal *corpus delicti*, che a sua volta costituisce una categoria originaria del processo. Oggi come un tempo il reato procede a stadi di formazione successiva ed in ciascuno di essi l'intersezione tra dimensione sostanziale e prospettive processuali consegna alla riflessione forme su cui occorre riflettere. In secondo luogo: come interagisce il penalmente rilevante in rapporto al sistema probatorio? Quest'ultimo sembra funzionare come setaccio e come stampo: come setaccio, quando gli elementi della fattispecie vengono ricostruiti in funzione delle esigenze probatorie (le vicende giurisprudenziali della causalità ne costituiscono un vistoso esempio); come stampo, quando l'elemento di fattispecie viene «impresso» dalla prova, nel senso che l'oggetto della prova ne surroga o sostituisce la presenza (come sovente accade in tema di reati concorsuali e associativi). Infine, le interazioni processuali sul trattamento sanzionatorio, secondo un interscambio funzionale sul quale la riflessione si è già aperta da tempo, ma certo non si è affatto conclusa.

Vasti orizzonti, dunque. Ma, si sa, i penalisti coltivano una vocazione alla totalità anche se non sempre sono in grado di corrispondervi, perché le forze sono deboli, ma che, comunque, rappresenta il grande fascino della loro disciplina.

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